

Pur nel silenzio del bando di gara, la cauzione provvisoria deve contenere tutti i requisiti richiesti dalla Legge

Per evitare eventuali esclusioni e soprattutto per avere titolo a ricorrere agli atti di gara, la cauzione provvisoria deve sempre rispettare quanto sancito dall'articolo 75 del decreto legislativo 163/2006 smi: in tal modo si è certi di aver rispettato le norme imperative anche se la Stazione Appaltante non le ha indicate nella lex specialis di gara

Vediamo prima di tutto quali sono le prescrizioni della norma

L'art 75 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 stabilisce, al primo comma, che "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente". Il quarto comma della medesima disposizione stabilisce, a proposito dei requisiti della cauzione, che "la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art 1957, comma 2 del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante".

Infine, l'ottavo comma, sempre dell'art. 75, dispone che "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

Alcuni importanti insegnamenti in tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria ci arrivano dalla lettera della sentenza numero 991 del 12 febbraio 2007 del Tar Campania, Napoli

Prima di tutto ci viene insegnato che anche in assenza di specifiche clausole nella documentazione di gara, le prescrizioni dell'articolo 75 del decreto legislativo 163/2006 devono comunque essere conosciute da tutti e osservate di conseguenza, in quanto

<L'art 75 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 è una norma di natura cogente, di diretta applicazione a tutte le procedure di scelta del contraente, e quindi indipendentemente da un loro espresso richiamo da parte della legge di gara.>

Inoltre, in merito alla durata si afferma <che a proposito del termine dilatorio di operatività, adotta espressioni di tipo imperativo che non consentono alla stazione appaltante di poterne estenderne discrezionalmente la durata>

Relativamente all'impegno del fideiussore ad emettere la definitiva in caso di aggiudicazione, viene ribadito il concetto per il quale <per la violazione dell'impegno fideiussorio di cui al comma ottavo la norma impone espressamente l'esclusione dalla gara.>

Relativamente alla funzione della cauzione provvisoria viene segnalato <come la cauzione provvisoria sia posta a presidio della serietà dell'offerta e dell'impegno partecipativo dell'impresa, impegno destinato ad estendersi anche in ragione della futura esecuzione del contratto di appalto>

Ma non solo.

<tal senso, la cauzione si pone l'ulteriore obiettivo di salvaguardare l'Amministrazione, oltre che dal rischio di partecipazioni strumentali o emulative, anche da vicende pregiudizievoli relative al contratto e ciò sia sotto il profilo della stipulazione, come previsto dal sesto comma dell'art 75, sia sotto il profilo

dell'esecuzione, come emerge dall'ottavo comma del medesimo articolo in cui, fin dal momento della partecipazione, viene richiesta l'assunzione di un impegno al riguardo>

qual è quindi l'ambito di discrezionalità della Stazione appaltante?

Puntualmente l'adito giudice amministrativo ci insegna che:

<Ed in tal senso non possono ritenersi eccettuabili, modificabili o comunque attenuabili da parte della stazione appaltante i requisiti strutturali ed operativi della garanzia cauzionale stabiliti in modo specifico dal legislatore - quali quelli indicati nel ricorso - essendo consentite solo le variazioni espressamente previste dal quinto comma dell'art. 75, ipotesi in alcun modo riconducibili alle condizioni di operatività della garanzia, **ma circoscritte alla sua validità, modulabile in funzione della maggiore o minore durata del procedimento di selezione.**>

in conclusione, due sono le considerazioni che bisogna sempre tener presenti:

- √ **le disposizioni di cui all'art. 75 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i. sono norme di natura cogente, di diretta applicazione a tutte le procedure di scelta del contraente, e quindi indipendentemente da un loro espresso richiamo da parte della legge di gara**
- √ **Ne discende che i requisiti strutturali ed operativi della cauzione provvisoria devono ritenersi direttamente applicabili a tutte le procedure di gara a pena di esclusione**

a cura di Sonia Lazzini

riportiamo qui di seguito il testo integrale della sentenza numero 991 del 12 febbraio 2007 emessa dal Tar Campania, Napoli:

Repubblica Italiana

In nome del Popolo Italiano

SENT. N.991/07

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 1^a Sezione - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6421/06 R.G. proposto da ** s.a.s.
c o n t r o

Comune di Procida;

nonché nei confronti di

*** s.r.l.;

per l'annullamento

- della determinazione del responsabile del servizio 2^a Sezione del Comune di Procida, recante n. reg. part 76 e n. reg. gen 729 dell'11 agosto 2006, avente ad oggetto: "aggiudicazione definitiva della gara" per "fornitura in opera delle attrezzature tecnologiche e di laboratorio, oltre il software necessario e gli impianti tecnologici connessi al loro funzionamento, per rendere perfettamente funzionante il nuovo polo telematico marino ambientale a bordo della M/N Bannock", laddove nel prendere atto delle risultanze dei verbali della Commissione di gara svoltasi nel giorno 10 agosto 2006, aggiudicava in via definitiva l'appalto della suindicata fornitura alla ditta *** s.r.l.;

- di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, con particolare riguardo, ove necessario e per quanto di ragione, 2) al verbale delle operazioni di gara del 10 agosto 2006, laddove la commissione aggiudicatrice ammette la ditta *** s.r.l. alle successive operazioni di gara, nonché nella parte in cui attribuisce il punteggio tecnico alla ditta *** così come riportato nella scheda sintetica riassuntiva allegata allo stesso verbale ed aggiudica provvisoriamente la gara alla stessa ditta; 3) alla suindicata scheda tecnica riassuntiva allegata al verbale delle operazioni di gara in parte qua; 4) alla nota prot. n. 11565 del 20 settembre 2006 del Comune di Procida recante ad oggetto: "fornitura in opera delle attrezzature tecnologiche e di laboratorio, oltre il software necessario e gli impianti tecnologici connessi al loro funzionamento, per rendere perfettamente funzionante il nuovo polo telematico marino ambientale a bordo della M/N Bannock", con la quale il responsabile del servizio 2^a Sezione rigettava l'istanza di revoca del 24 agosto 2006 presentata dalla ** s.a.s.; 5) all'allegata nota della Commissione aggiudicatrice della suindicata gara del 12 settembre 2006; 6) al bando di gara, al bando integrale di gara ed al disciplinare descrittivo e prestazionale.

nonché per l'accertamento del diritto

della società ricorrente al risarcimento dei danni tutti dalla stessa subiti in conseguenza dei provvedimenti impugnati, con conseguente condanna del Comune di Procida al pagamento delle relative somme maggiorate di interessi e rivalutazione monetaria.

nonché su ricorso incidentale

Avverso gli atti di gara nella parte in cui ammettono la ricorrente al prosieguo della gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio della controinteressata ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore il Dott. Paolo Corciulo;

Uditi alla udienza pubblica del 17 gennaio 2007 gli Avvocati di cui verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con bando del 21 luglio 2006 il Comune di Procida indiceva una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto la fornitura in opera delle attrezzature tecnologiche e di laboratorio, oltre il software necessario e gli impianti tecnologici connessi al loro funzionamento, per rendere perfettamente funzionante il nuovo polo telematico marino ambientale a bordo della M/N Bannock, con una base d'asta pari ad €131.118,88.

Ai fini della partecipazione il bando prevedeva che ogni impresa concorrente dovesse previamente costituire un deposito cauzionale provvisorio di €2622,00, pari al 2% dell'importo complessivo a base d'asta, mediante polizza fidejussoria assicurativa o bancaria, oppure mediante le modalità previste dalla vigente normativa.

Alla gara partecipavano tre imprese, la *** s.r.l., la ** s.a.s. e la *****

Nella seduta del 10 agosto 2006 la Commissione procedeva alla fase di verifica della documentazione amministrativa ammettendo al prosieguo le sole imprese ** s.a.s. e *** s.r.l., escludendo la terza per carenza dei documenti afferenti i requisiti di natura tecnica.

La gara proseguiva in seduta riservata e la Commissione valutava le offerte tecniche assegnando 80 punti alla *** s.r.l. e 73,85 punti alla ** s.a.s.; quindi assegnava il punteggio per l'offerta economica nella misura rispettivamente di 16,13 e di 20; la gara veniva così aggiudicata in via provvisoria alla *** s.r.l. con un punteggio complessivo pari a 96,13, rispetto alla ** s.a.s. che aveva conseguito 93,85 punti.

Con determinazione n. 76 Reg. Part. e n. 729 Reg. Gen. dell'11 agosto 2006 il responsabile del procedimento approvava le operazioni di gara ed aggiudicava l'appalto in via definitiva alla *** s.r.l. per l'importo di 126.423,83, oltre ad €785,03 per oneri non soggetti a ribasso.

La società ** s.a.s. presentava istanza di accesso agli atti del procedimento che veniva positivamente riscontrata dal Comune di Procida, ad eccezione della documentazione relativa all'offerta tecnica della *** s.r.l.; in seguito, proponeva istanza di revoca dell'aggiudicazione, in quanto disposta in relazione ad un'offerta incompleta o parziale e quindi in contrasto con la lex specialis, ma l'Amministrazione confermava la legittimità del proprio operato con nota n. 11565 del 20 settembre 2006.

Avverso gli atti del procedimento, ivi compresi il bando ed il disciplinare, contro il verbale di gara e nei confronti della determinazione di aggiudicazione definitiva proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la ** s.a.s. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento dei danni.

Lamentava in primo luogo la società ricorrente che, relativamente alla fidejussione da costituirsi a titolo di cauzione provvisoria a pena di esclusione, quella rilasciata dalla ***** Insurance Company S.A. del 4 agosto 2006 in favore della *** s.r.l. non conteneva l'impegno a prestare garanzia per l'esecuzione del contratto ed inoltre la richiesta di escussione prevedeva un termine di trenta giorni e non di quindici, come invece previsto dall'art. 75 del D. Lgs. 12.4.2006 n. 163.

In secondo luogo, deduceva parte ricorrente che l'offerta tecnica della controinteressata era incompleta, per cui, secondo quanto espressamente stabilito dal bando ne doveva essere disposta l'esclusione; al riguardo, rilevava la ** s.a.s. che l'offerta tecnica doveva contenere dei requisiti minimi specifici che l'aggiudicataria non aveva invece indicato, quali la stazione di energia alternativa, l'impianto elettrico, l'impianto telefonico, l'arredo e le attrezzature complementari.

Infine, relativamente all'operato della Commissione, rilevava sempre la ** s.a.s. che, essendo stato previsto quale sistema di scelta del contraente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Commissione, in assenza di specifici criteri di valutazione indicati a monte nel bando ed essendo comunque mancata la fissazione di sottocriteri, non avrebbe potuto limitarsi ad assegnare meri punteggi numerici per l'offerta tecnica, perché in tal modo aveva impedito di poter ricostruire il processo logico seguito per giungere al giudizio formulato.

Si costituiva in giudizio la controinteressata *** s.r.l. chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio dell'8 novembre 2006 il Tribunale, con ordinanza n. 3015/06, accoglieva la domanda cautelare e fissava l'udienza di discussione per il 17 gennaio 2007 ai sensi dell'art. 23 bis della legge 6. dicembre 1971.

In seguito, con ricorso notificato in data 30 novembre 2006 e 1° dicembre 2006 e depositato in data 5 dicembre 2006, la controinteressata proponeva ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale, sostenendo che la polizza fideiussoria da questa presentata sarebbe stata in contrasto con l'oggetto dell'appalto, avendo avuto come riferimento l'art. 30 della legge 11.2.1994 n. 109 e quindi lavori edili, contestava ancora che la ** s.a.s. aveva indicato una percentuale di ribasso che non corrispondeva all'importo dell'offerta rispetto al valore della base d'asta.

All'udienza del 17 gennaio 2007, in vista della quale venivano depositate memorie e documentazione e si costituiva in giudizio il Comune di Procida, il Tribunale tratteneva la causa per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La ** s.a.s. ha impugnato la determinazione del responsabile del servizio 2^ Sezione del Comune di Procida, recante n. reg. part 76 e n. reg. gen 729 dell'11 agosto 2006, con cui è stata aggiudicata in via definitiva alla *** s.r.l. l'appalto per fornitura in opera delle attrezzature tecnologiche e di laboratorio, oltre il software necessario e gli impianti tecnologici connessi al loro funzionamento, per rendere perfettamente funzionante il nuovo polo telematico marino ambientale a bordo della M/N Bannock: oggetto di impugnazione sono stati gli atti di gara nella parte in cui è stata ammessa la società controinteressata, nonché relativamente alle modalità seguite dalla Commissione per l'assegnazione del punteggio per l'offerta tecnica.

La controinteressata *** s.r.l. ha altresì proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ** s.a.s. contestandola sotto due distinti profili.

Quest'ultimo ricorso è infondato.

In primo luogo è stato contestato che la polizza fideiussoria della Lloyd *****, esibita dalla ** s.a.s. a titolo di cauzione provvisoria, facendo riferimento all'art. 30 della legge 11.2.1994 n. 109 e quindi a garanzie per lavori edili, non avrebbe avuto alcuna inerenza con l'oggetto dell'appalto oggetto di gara e quindi era radicalmente nulla; di conseguenza, mancando tale requisito, la Commissione avrebbe dovuto escludere la ** s.a.s. dalla gara.

La censura è priva di pregio.

Osserva il Collegio che ai fini della verifica di conformità e completezza della polizza fideiussoria rispetto ai requisiti normativi non occorre guardare al richiamo indicato in epigrafe all'art. 30 della legge 11.2.1994 n. 109, ma al regolamento contrattuale specifico, quale emerge dalle retrostanti condizioni che disciplinano il rapporto tra stazione appaltante e garante e tra questi e il contraente: orbene, dall'esame della polizza, depositata agli atti in data 5 gennaio 2007, si evince che questa conteneva tutti i requisiti minimi di cui all'art. 75 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163 e segnatamente l'operatività a quindici giorni, l'impegno a costituire la garanzia definitiva ed una validità di almeno 180 giorni.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale è stato contestato che la ** s.a.s avrebbe errato nell'indicare il prezzo offerto, in quanto rispetto al ribasso percentuale proposto, pari a 21,77%, era stato indicato un prezzo complessivo pari ad €102.574,30 e non anche di €102.745,20, con conseguenziale incertezza circa l'effettiva entità dell'offerta.

Il motivo è infondato.

Osserva il Collegio che la dedotta discordanza tra ribasso percentuale e prezzo offerto, tra l'altro di irrisoria entità e manifesta conseguenza di un mero errore materiale di posizionamento delle cifre indicative delle unità, dei valori decimali e centesimali dell'offerta, non costituisce di per sé causa di esclusione.

Ciò discende in primo luogo da una mancata espressa comminatoria in tal senso da parte della disciplina di gara ed ancora dai principi di cui all'art 90 del D.P.R.21.12.1999 n. 554, disposizione espressamente fatta salva dall'art 256 del D.lgs. 12.4.2006 n. 163, che, in evidente applicazione del principio di conservazione delle offerte e di massima partecipazione, stabilisce che in caso di discordanza tra prezzo offerto e percentuale di ribasso debba aversi riguardo a tale ultimo valore ai fini della effettiva consistenza dell'offerta.

La norma, pertanto, esclude che una discordanza possa essere causa di invalidità dell'offerta e quindi di esclusione, indicando anche un criterio presuntivo volto a superare quello che viene indicato come un mero errore di calcolo o un lapsus calami.

Ne consegue che, nel caso di specie, l'esistenza di un errore circa l'esatta indicazione del prezzo complessivo offerto, avendo la Commissione del resto esattamente calcolato il prezzo offerto dalla ** s.a.s. quale risultante dal ribasso percentuale (unico valore di effettivo riferimento), non avrebbe mai potuto condurre all'esclusione di quest'ultima dalla gara.

Passando al ricorso principale, con il primo motivo la società ricorrente ha lamentato che illegittimamente la società controinteressata era stata ammessa alla gara, atteso che la sua offerta era stata corredata da una garanzia fideiussoria, prestata a titolo di cauzione provvisoria, priva dei prescritti requisiti di legge, in quanto il termine dilatorio per l'operatività della garanzia era stato indicato in trenta giorni invece che in quindici, come invece previsto dall'art. 75 del D.lgs. 12.4.2006 n. 163. Inoltre, l'offerta era priva dell'impegno di un fideiussore a costituire idonea garanzia per l'esecuzione in caso di aggiudicazione.

La censura è fondata.

L'art 75 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 stabilisce, al primo comma, che "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente". Il quarto comma della medesima disposizione stabilisce, a proposito dei requisiti della cauzione, che "la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al

beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art 1957, comma 2 del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”.

Infine, l'ottavo comma, sempre dell'art. 75, dispone che “l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario”.

Si tratta, ad avviso del Collegio, di norme di natura cogente, di diretta applicazione a tutte le procedure di scelta del contraente, e quindi indipendentemente da un loro espresso richiamo da parte della legge di gara.

In favore di tale assunto milita in primo luogo il dato letterale che, mentre a proposito del termine dilatorio di operatività, adotta espressioni di tipo imperativo che non consentono alla stazione appaltante di poterne estenderne discrezionalmente la durata, per la violazione dell'impegno fideiussorio di cui al comma ottavo commina espressamente l'esclusione dalla gara.

Inoltre, sotto il profilo funzionale, va rilevato come la cauzione provvisoria sia posta a presidio della serietà dell'offerta e dell'impegno partecipativo dell'impresa, impegno destinato ad estendersi anche in ragione della futura esecuzione del contratto di appalto. In tal senso, la cauzione si pone l'ulteriore obiettivo di salvaguardare l'Amministrazione, oltre che dal rischio di partecipazioni strumentali o emulative, anche da vicende pregiudizievoli relative al contratto e ciò sia sotto il profilo della stipulazione, come previsto dal sesto comma dell'art 75, sia sotto il profilo dell'esecuzione, come emerge dall'ottavo comma del medesimo articolo in cui, fin dal momento della partecipazione, viene richiesta l'assunzione di un impegno al riguardo. Ed in tal senso non possono ritenersi eccettuabili, modificabili o comunque attenuabili da parte della stazione appaltante i requisiti strutturali ed operativi della garanzia cauzionale stabiliti in modo specifico dal legislatore - quali quelli indicati nel ricorso - essendo consentite solo le variazioni espressamente previste dal quinto comma dell'art. 75, ipotesi in alcun modo riconducibili alle condizioni di operatività della garanzia, ma circoscritte alla sua validità, modulabile in funzione della maggiore o minore durata del procedimento di selezione.

Ne discende che i requisiti strutturali ed operativi della cauzione provvisoria devono ritenersi direttamente applicabili a tutte le procedure di gara a pena di esclusione.

Nel caso di specie, la polizza fideiussoria della ***** Insurance Company S.A. prodotta dalla controinteressata, nelle condizioni generali riportava un termine di operatività di trenta giorni e quindi maggiore quello di quindici giorni previsto dalla legge; inoltre, l'offerta della *** s.r.l., circostanza non contestata dalla controinteressata, era priva dell'impegno fideiussorio di cui all'ottavo comma dell'art 75.

Si tratta di carenze che, ove riscontrate, avrebbero dovuto condurre senz'altro all'esclusione della società poi risultata aggiudicataria.

Da tali considerazioni discende l'accoglimento del ricorso principale e l'annullamento degli atti di gara successivi alla fase di verifica della documentazione, ivi compresa l'ammissione della *** s.r.l.

Restano assorbite le ulteriori censure.

Quanto alla domanda risarcitoria questa deve essere respinta, in quanto la sospensione del procedimento di gara, disposta con ordinanza cautelare n. 3015/06 dell'8 novembre 2006, lascia inalterata la possibilità per la società ricorrente di conseguire l'aggiudicazione a seguito della rinnovazione delle operazioni di selezione da parte del Comune di Procida.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Prima Sezione

- Respinge il ricorso incidentale;
- accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione;
- respinge la domanda risarcitoria;
- condanna il Comune di Procida al pagamento delle spese processuali in favore della società ricorrente che si liquidano in complessivi €2.000,00(Duemila/00), compensando le stesse nei confronti della controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 17 gennaio 2007 dai Magistrati

Antonio Guida Presidente

Paolo Corciulo Primo Referendario, estensore

Paolo Severini Primo Referendario

Il Presidente L'Estensore