

Appalto di forniture, suddiviso in più "posizioni": è giuridicamente possibile (nonché logico) che l'importo della cauzione venga calcolato sull'offerta presentata e non sull'importo dell'intero appalto?

Ove il capitolato consenta di presentare offerta anche per singole "posizioni", cioè, in sostanza, per uno o più lotti, si può supporre che anche l'importo della cauzione provvisoria debba essere commisurato al valore dell'offerta effettivamente presentata : tale scelta interpretativa - oltre ad evitare l'illogico effetto di richiedere una cauzione provvisoria d'importo del tutto slegato e sproporzionato rispetto a quello dell'offerta, in evidente contrasto con la funzione stessa della cauzione - si fonda sul principio di massima partecipazione, che impone, in presenza di clausole di gara oggettivamente dubbie o contraddittorie, di adottarne l'interpretazione più favorevole alle imprese concorrenti.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 3359 del 31 ottobre 2007 emessa dal Tar Piemonte, Torino in tema di importo della cauzione provvisoria:

< Il Collegio condivide i rilievi esposti in ordine all'oggettiva ambiguità e poca chiarezza della lex specialis di gara, in quanto, come già si è esposto in narrativa, mentre nel bando di gara si indica, quale "importo presunto" posto a base di gara, euro "2.000.000,00 (più il valore della rinnovazione pari ad altri euro 2.000.000)", specificando al punto II 1.8): "Divisione in lotti: NO", il capitolato speciale d'appalto prevede, invece, nella "Parte tecnica", la suddivisione della fornitura in "27 posizioni", ciascuna avente ad oggetto una diversa tipologia di prodotto, ed espressamente consente (cfr. art. 3) di indicare "il numero delle posizioni per cui viene presentata offerta", rinviando, quanto alle dichiarazioni da presentare ai fini dell'ammissione alla gara, all'Allegato A, ove, al punto bb), si prescrive "... di allegare, a pena di esclusione, al presente modello, la garanzia (pari al 2% dell'importo presunto di fornitura sotto forma di cauzione o di fideiussione) di euro _____ ridotta del 50% e a tal fine si allega (ex art. 75, comma 7, D.Lgs. 163/2006): la certificazione del sistema di qualità", mentre nell'Allegato B si prescrive di indicare, in relazione a ciascuna "posizione", la quantità presunta, il nome commerciale del prodotto, il codice prodotto, il prezzo unitario offerto, la quantità per confezioni, il prezzo per confezione, l'importo complessivo IVA esclusa, e l'IVA da applicare", riportando "il quantitativo presunto citato nella parte tecnica", con l'ulteriore precisazione, in nota, che "IMPORTANTE Il quantitativo proposto per singolo prodotto non deve essere inferiore alla quantità presunta indicata nella parte tecnica".

A parte l'obiettivo non chiarezza del complesso di tali disposizioni, può affermarsi con ragionevole certezza che il capitolato consenta di presentare offerta anche per singole "posizioni", cioè, in sostanza, per uno o più lotti, il che impone di interpretare anche la disciplina inerente il computo della cauzione provvisoria secondo la medesima logica, ritenendo che la stessa debba essere commisurata al valore dell'offerta effettivamente presentata.

Tale scelta interpretativa - oltre ad evitare l'illogico effetto di richiedere una cauzione provvisoria d'importo del tutto slegato e sproporzionato rispetto a quello dell'offerta, in evidente contrasto con la funzione stessa della cauzione - si fonda sul principio di massima partecipazione, che impone, in presenza di clausole di gara oggettivamente dubbie o contraddittorie, di adottarne l'interpretazione più favorevole alle imprese concorrenti.>

Pertanto l'adito giudice amministrativo da ragione all'impresa che sia stata illegittimamente esclusa a seguito della presunta inadeguatezza dell'importo della cauzione provvisoria:

<All'accoglimento di tale censura, di carattere sostanziale, consegue l'accoglimento della richiesta di annullamento del verbale di gara in data 7 febbraio 2007, nonché delle note in data 8 febbraio 2007, prot. n. 9810 e 6 marzo 2007, prot. n. 17134, a firma del Direttore S.C. Provveditorato dell'Azienda

Ospedaliera “San Giovanni Battista” di Torino, il che comporta assorbimento del secondo motivo dedotto in via principale sub 2), rivolto nei confronti dei medesimi provvedimenti.>

a cura di Sonia LAzzini

riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 3359 del 31 ottobre 2007 emesso dal Tar Piemonte, Torino

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 459/2007 proposto dalla società ALFA ITALIA S.p.A., con sede in Segrate (MI), Località S. Felice, via S. Bovio n. 3, in persona della dott.ssa Antonella b., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Vischi, Stefano Cassamagnaghi e Paolo Cisa di Grésy ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'ultimo in Torino, via Lamarmora n. 39;

contro

l'Azienda Ospedaliera “San Giovanni Battista di Torino”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Silvia Di Palo e Claudia Zucca ed elettivamente domiciliata presso le stesse in Torino, corso Bramante n. 88;

nei confronti di

BETA S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore;

per l'annullamento, previa sospensione,

in via principale

- del verbale della seduta pubblica del 7 febbraio 2007 della procedura aperta “Pubblico Incanto” per la fornitura di “Campi, camici e accessori monouso per l'ambiente operatorio”, di contenuto non conosciuto, durante la quale la Commissione di gara ha disposto la non ammissione della ALFA Italia S.p.A. alla predetta gara a causa della non corrispondenza dell'importo della cauzione provvisoria con quello richiesto nel bando di gara;

- della comunicazione datata 8 febbraio 2007, sottoscritta dal responsabile del procedimento, Sig.ra Patrizia Rittà, e dal Direttore S.C. Provveditorato, Dott. Gianluigi Bormida, con la quale l'Azienda Ospedaliera “San Giovanni Battista” di Torino ha comunicato alla società ALFA Italia S.p.A. che la

stessa non è stata ammessa alla gara “in quanto l’importo della cauzione risulta errato, cioè non è stato calcolato (Allegato A punto bb) sull’importo totale della fornitura (Euro 2.000.000)”;

in subordine

del bando relativo alla gara in questione n. 2006/S 226 - 242387 pubblicato in G.U. CEE n. S 226/2006 del 28 novembre 2006, nonché dei relativi Capitolato Generale d’Oneri e Capitolato Speciale, ivi compresi gli allegati;

in ogni caso

di ogni atto presupposto, preparatorio, conseguente e connesso a quelli sopraindicati, ivi compresa, per quanto occorrer possa, la nota prot. n. 0017134 del 6 marzo 2007 a firma del Direttore S.C. Provveditorato dell’Azienda Ospedaliera “San Giovanni Battista” di Torino dott. Gianluigi Bormida;

nonché per l’accertamento

in via principale, del diritto della società ricorrente ad ottenere la riammissione alla gara, ovvero in subordine, dell’illegittimità della lex specialis di gara;

e per il risarcimento

in via preferenziale, in forma specifica, ovvero del risarcimento di tutti i danni dalla stessa subiti.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliera S. Giovanni Battista di Torino.

Vista l’istanza cautelare contenuta nel ricorso.

Vista l’ordinanza di questa Sezione 27 aprile 2007, n. 233.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 7.6.2007 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U. delle Comunità Europee in data 28 novembre 2006 l’Azienda Ospedaliera San Giovanni Battista di Torino ha indetto un pubblico incanto per la fornitura di “Campi, camici e accessori sterili monouso per ambiente operatorio”, per un importo presunto totale di euro 2.000.000,00 più valore della rinnovazione per altri euro 2.000.000, specificando al punto II 1.8): “Divisione in lotti: NO”.

Il capitolato speciale d’appalto, nella Parte Tecnica, prevedeva la suddivisione della fornitura in “27 posizioni”, ciascuna avente ad oggetto una diversa tipologia di prodotto, e consentiva, all’art. 3, di presentare offerta anche con riferimento ad una o ad alcune posizioni soltanto, indicando “il numero

delle posizioni per cui viene presentata offerta”, rinviando, quanto alle dichiarazioni da presentare ai fini dell’ammissione alla gara, all’Allegato A, ove, al punto bb), era prescritto “di allegare, a pena di esclusione, al presente modello, la garanzia (pari al 2% dell’importo presunto di fornitura sotto forma di cauzione o di fideiussione) di euro____ridotta del 50% e a tal fine si allega (ex art. 75, comma 7, D.Lgs. 163/2006): la certificazione del sistema di qualità”, mentre nell’Allegato B era prescritto di indicare, in relazione a ciascuna “posizione”, “la quantità presunta, il nome commerciale del prodotto, il codice prodotto, il prezzo unitario offerto, la quantità per confezioni, il prezzo per confezione, l’importo complessivo IVA esclusa, e l’IVA da applicare”, riportando “il quantitativo presunto citato nella parte tecnica”, con la precisazione che “**IMPORTANTE** Il quantitativo proposto per singolo prodotto non deve essere inferiore alla quantità presunta indicata nella parte tecnica”.

Presentava offerta, tra le altre, ALFA Italia S.p.A. in relazione alle “posizioni” 1, 2, 20, 21 e 23, dichiarando di prestare garanzia di euro 6.442.10, nella misura ridotta del 50% ai sensi dell’art. 75, comma 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ed allegando la relativa documentazione.

Nella seduta pubblica di gara del 7 febbraio 2007 il Presidente della Commissione procedeva ad escludere ALFA S.p.A. dalla gara (al pari di altre sette imprese partecipanti, per la stessa ragione) “... rilevato che l’importo della garanzia, di cui al punto bb) del Modello ALLEGATO A per le dichiarazioni rilasciate dai soggetti candidati in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, non corrisponde a quanto richiesto, pertanto la partecipante non ammessa ...” e con nota 8 febbraio 2007 il Direttore S.C. Provveditorato dell’Azienda San Giovanni Battista di Torino comunicava che “... codesta ditta non è stata ammessa, in quanto l’importo della cauzione presentata risulta errato, cioè non è stato calcolato (Allegato A punto bb) sull’importo totale di fornitura (Euro 2.000.000) ...”.

Con nota del primo marzo 2007 ALFA S.p.A. chiedeva all’Azienda Ospedaliera di essere riammessa alla gara, segnalando “... che l’errore scusabile in cui è incorsa la Scrivente, al pari di altre aziende concorrenti nello stesso procedimento, è legittimamente scusabile in ragione delle prescrizioni contenute nel Capitolato Speciale, all’allegato A punto bb), dove si indica che il 2% di garanzia deve essere calcolato sull’importo presunto di forniture e non sul prezzo base indicato nel bando, che è evidente come tale errore sia dovuto in gran parte al confusorio tenore letterale della lex specialis stessa ...”, ma con nota 6 marzo 2007, prot. 17134, il Direttore S.C. Provveditorato dell’Azienda Ospedaliera San Giovanni Battista di Torino rigettava l’istanza, rilevando, tra l’altro, che “... la normativa in vigore, art. 75, comma 1 D. Lgs. 163/06, prevede che l’offerta sia corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo indicato nel bando o nell’invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell’offerente. Coerentemente a tale prescrizione, il Modello “ALLEGATO A”, che in base al Capitolato speciale di gara doveva essere inserito a pena di esclusione nel plico di offerta, prevede dichiarazione della partecipante di allegare, a pena di esclusione, la garanzia pari al 2% dell’importo presunto di fornitura sotto forma di cauzione o di fideiussione; dal canto loro, la Determina di indizione e il Bando di gara indicano in modo chiaro, relativamente alla fornitura in questione, il relativo importo presunto: Importo presunto di euro 2.000.000,00. Pertanto l’importo da prendere a base per la determinazione della cauzione provvisoria non può che essere l’importo complessivo della fornitura, come determinato dalla Stazione Appaltante, e indicato nella determina di indizione e nel bando di gara; di conseguenza non è ammissibile una cauzione calcolata sull’importo di fornitura propria della ditta partecipante alla gara, anche perché consentirebbe in violazione della par condicio la partecipazione di società con garanzie di importo differente. Quanto al potere dell’Amministrazione appaltante di invitare i privati alla regolarizzazione della documentazione prodotta in sede di gara, non è esercitabile in presenza di una prescrizione chiara del bando e della pacifica inosservanza di questa da parte di un concorrente, atteso che in tale ipotesi l’invito alla regolarizzazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio e si tradurrebbe in una inammissibile sanatoria (su iniziativa dell’Amministrazione) di documentazione carente o irregolare, di un concorrente che ha negligenemente omesso di presentare, nei termini o con le modalità prescritte dalla lex specialis,

un'istanza conforme al regolamento di gara. Si comunica, quindi, che non è possibile accogliere quanto da Voi richiesto ...”.

Con il ricorso in esame, notificato in data 6 aprile 2007, ALFA S.p.A. ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, degli atti in epigrafe indicati, nonché l'accertamento del proprio diritto di essere riammessa alla gara ed il risarcimento del relativo danno, deducendo le seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 1, del D. Lgs. 163/2006.

Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara.

Violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Violazione e falsa applicazione del principio d'interpretazione delle clausole di gara in ossequio al principio della massima partecipazione alla gara.

Violazione del principio di affidamento.

Violazione dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità della causa di esclusione.

Il tenore della lex specialis sarebbe contraddittorio nella parte in cui il bando di gara parrebbe escludere una suddivisione in lotti mentre il capitolato speciale di gara distingue 27 “posizioni”, consentendo di presentare offerta anche per una o alcune di esse soltanto, per cui la società ricorrente avrebbe legittimamente ritenuto di dover computare l'entità della cauzione provvisoria, piuttosto che in relazione all'importo complessivo a base di gara, a quello delle “posizioni” per cui aveva presentato offerta.

2) Violazione dell'art. 46 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Violazione e falsa applicazione degli articoli 3 e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Violazione del principio della più ampia partecipazione.

Violazione dei principi in materia di integrazione documentale.

Eccesso di potere.

La stazione appaltante, invece che procedere ad esclusione della società ricorrente e delle altre imprese incorse nel medesimo equivoco, avrebbe dovuto consentire loro l'integrazione dell'importo della cauzione, in omaggio ai principi di giusto procedimento e massima concorrenzialità.

3) Spetterebbe a ALFA S.p.A. il risarcimento del danno subito a causa dei provvedimenti impugnati.

In via subordinata la società ricorrente ha chiesto l'annullamento della lex specialis di gara, ed in particolare del bando, deducendo la seguente censura:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 64, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Violazione e falsa applicazione del Regolamento CE n. 1564/2005 della Commissione Europea del 7 settembre 2005.

Eccesso di potere per contraddittorietà della lex specialis di gara.

La lex specialis di gara, laddove ritenuta preclusiva all'interpretazione in precedenza esposta, sarebbe illegittima per violazione delle richiamate disposizioni normative - che consentirebbero, ove l'appalto sia suddiviso in lotti, di presentare offerta anche solo per uno o alcuno di essi - oltre che per contraddittorietà, nella parte in cui il bando parrebbe precludere quella suddivisione ed il capitolato speciale, invece, consentirla.

In data 26 aprile 2007 si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera San Giovanni Battista di Torino, chiedendo il rigetto del ricorso.

Nella Camera di Consiglio del 26 aprile 2007 - giusta l'ordinanza di questa Sezione in pari data n. 233 - l'istanza cautelare contenuta nel ricorso è stata accolta.

È seguito lo scambio di memorie con cui ciascuna delle parti ha ulteriormente argomentato le proprie tesi.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

In data 29 giugno 2007 è stato depositato il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

1. Con il primo motivo ALFA S.p.A. assume che il tenore della lex specialis sarebbe equivoco nella parte in cui il bando di gara parrebbe escludere la suddivisione della fornitura in lotti mentre il capitolato speciale di gara distingue 27 "posizioni", consentendo di presentare offerta anche per una o alcune di esse soltanto, per cui - in presenza di una disciplina di gara oggettivamente ambigua - la società ricorrente avrebbe legittimamente correlato l'entità della cauzione provvisoria all'importo delle "posizioni" per cui ha presentato offerta.

La censura è fondata.

Il Collegio condivide i rilievi esposti in ordine all'oggettiva ambiguità e poca chiarezza della lex specialis di gara, in quanto, come già si è esposto in narrativa, mentre nel bando di gara si indica, quale "importo presunto" posto a base di gara, euro "2.000.000,00 (più il valore della rinnovazione pari ad altri euro 2.000.000)", specificando al punto II 1.8): "Divisione in lotti: NO", il capitolato speciale d'appalto prevede, invece, nella "Parte tecnica", la suddivisione della fornitura in "27 posizioni", ciascuna avente ad oggetto una diversa tipologia di prodotto, ed espressamente consente (cfr. art. 3) di indicare "il numero delle posizioni per cui viene presentata offerta", rinviando, quanto alle dichiarazioni da presentare ai fini dell'ammissione alla gara, all'Allegato A, ove, al punto bb), si prescrive "... di allegare, a pena di esclusione, al presente modello, la garanzia (pari al 2% dell'importo presunto di fornitura sotto forma di cauzione o di fideiussione) di euro____ridotta del 50% e a tal fine si allega (ex art. 75, comma 7, D.Lgs. 163/2006): la certificazione del sistema di qualità", mentre nell'Allegato B si prescrive di indicare, in relazione a ciascuna "posizione", la quantità presunta, il nome commerciale del prodotto, il codice prodotto, il prezzo unitario offerto, la quantità per confezioni, il prezzo per confezione, l'importo complessivo IVA esclusa, e l'IVA da applicare", riportando "il quantitativo presunto citato nella parte tecnica", con l'ulteriore precisazione, in nota, che "IMPORTANTE Il quantitativo proposto per singolo prodotto non deve essere inferiore alla quantità presunta indicata nella parte tecnica".

A parte l'obiettivo non chiarezza del complesso di tali disposizioni, può affermarsi con ragionevole certezza che il capitolato consenta di presentare offerta anche per singole "posizioni", cioè, in sostanza, per uno o più lotti, il che impone di interpretare anche la disciplina inerente il computo della cauzione

provvisoria secondo la medesima logica, ritenendo che la stessa debba essere commisurata al valore dell'offerta effettivamente presentata.

Tale scelta interpretativa - oltre ad evitare l'illogico effetto di richiedere una cauzione provvisoria d'importo del tutto slegato e sproporzionato rispetto a quello dell'offerta, in evidente contrasto con la funzione stessa della cauzione - si fonda sul principio di massima partecipazione, che impone, in presenza di clausole di gara oggettivamente dubbie o contraddittorie, di adottarne l'interpretazione più favorevole alle imprese concorrenti.

All'accoglimento di tale censura, di carattere sostanziale, consegue l'accoglimento della richiesta di annullamento del verbale di gara in data 7 febbraio 2007, nonché delle note in data 8 febbraio 2007, prot. n. 9810 e 6 marzo 2007, prot. n. 17134, a firma del Direttore S.C. Provveditorato dell'Azienda Ospedaliera "San Giovanni Battista" di Torino, il che comporta assorbimento del secondo motivo dedotto in via principale sub 2), rivolto nei confronti dei medesimi provvedimenti.

2. Non merita accoglimento, invece la censura proposta, in via subordinata sub1), nei confronti della lex specialis di gara (e, in specie, del bando), di cui è, infatti, possibile dare un'interpretazione conforme a sistema nei termini dianzi esposti, che consente di escluderne l'illegittimità.

3. Infondata è, infine, la domanda di risarcimento del danno, posto che ALFA S.p.A. non ha fornito adeguata dimostrazione dell'esistenza di un danno certo ed attuale, non potendosi escludere che all'annullamento dei provvedimenti impugnati consegua la rinnovazione della gara, cui la società ricorrente avrebbe facoltà di partecipare, facendo valere, in quella sede, le proprie aspettative di aggiudicazione.

Per quanto premesso il ricorso è parzialmente fondato e deve essere, quindi, accolto in parte, nei termini dianzi esposti.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – 2^a Sezione – accoglie in parte il ricorso e per l'effetto:

- annulla il verbale in seduta pubblica della Commissione di gara in data 7 febbraio 2007, la comunicazione in data 8 febbraio 2007, prot. n. 9810, a firma del responsabile del procedimento e del Direttore S.C. Provveditorato dell'Azienda Ospedaliera "San Giovanni Battista" di Torino, nonché la nota in data 6 marzo 2007, prot. n. 17134, a firma del Direttore S.C. Provveditorato dell'Azienda Ospedaliera "San Giovanni Battista" di Torino;

- rigetta, per il resto, il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino, nella camera di consiglio del giorno 7.6.2007, con l'intervento dei signori:

Giuseppe Calvo, Presidente

Antonio Plaisant, Referendario, Estensore

Emanuela Loria, Referendario

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2007

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE