

Qualora in un appalto di servizi, l'importo della cauzione provvisoria risulti minore di quanto richiesto, l'Amministrazione deve porre in atto l'esclusione in quanto, dal tenore del disciplinare e del bando di gara, tale atto risulta vincolato, senza che potesse farsi luogo ad alcun "reintegro" (recte: integrazione) della cauzione

Diventa obbligatoria l'esclusione in quanto non soltanto la prescrizione relativa alle modalità di presentazione della cauzione provvisoria ed alla sua misura risulta chiara ed inequivoca, tale da non poter ingenerare alcun errore "scusabile" (ineludibile presupposto per l'ipotizzata "regolarizzazione mediante integrazione della cauzione"), ma, soprattutto essa era presidiata da altrettanto chiara ed inequivoca sanzione di esclusione costruita in modo "cogente" (la mancanza o l'incompletezza "...determina l'esclusione dalla gara).

Il Tar Puglia, Bari con la sentenza numero 1720 del 2004 afferma il principio secondo il quale, negli appalti di servizi (ove la norma lascia libera l'amministrazione di decidere), valgono le norme della lex specialis relativamente all'importo della cauzione provvisoria.

Presentare una garanzia il cui importo è nettamente inferiore a quanto richiesto non può che comportare l'esclusione della ditta.

L'amministrazione è vincolata dalle proprie norme e non può quindi chiederne la regolarizzazione postuma.

In conclusione:

“Di tal ché la commissione giudicatrice giammai avrebbe potuto esercitare alcun potere discrezionale in ordine alla regolarizzazione della cauzione, se non violando platealmente la prescrizione innanzi richiamata, con ovvia contestuale lesione del principio di par condicio.”

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Sede di Bari - Sezione I

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 717 del 2003 proposto da

CONTRO

la REGIONE PUGLIA, in persona del Presidente pro-tempore della Giunta regionale, rappresentata e difesa dal prof. avv. Luigi Volpe e presso lo studio di questi elettivamente domiciliata in Bari al corso Vittorio Emanuele II n. 52, per mandato a margine del controricorso;

e nei confronti di

- ***** con sede in Pescara, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- *****

per l'annullamento

- della determinazione del dirigente del settore provveditorato, economato, contratti e appalti della Regione Puglia n. 239 del 27 marzo 2003, recante diniego di aggiudicazione in favore delle società ricorrenti, costituende in associazione temporanea d'impresa, del pubblico incanto per l'affidamento della progettazione e realizzazione di una campagna di comunicazione del programma operativo regionale (P.O.R.) 2000-2006 (importo a base di gara € 3.144.600,00 al netto di I.V.A. soggetto a ribasso);

- nonché di ogni altro atto presupposto e consequenziale o connesso, ancorché non conosciuto, ivi comprese eventuali determinazioni del responsabile del procedimento e i suggerimenti espressi dalla commissione giudicatrice nel verbale n. 14 del 24 febbraio 2003;

- della comunicazione n. 3478 di prot. del 10 aprile 2004 della determinazione dirigenziale n. 239 del 27 marzo 2003 recante altresì restituzione della polizza fideiussoria e per l'accertamento

del diritto delle società ricorrenti al risarcimento, anche in forma specifica, del danno

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 17 dicembre 2003, il dott. Leonardo Spagnoletti e uditi l'avv. Vito Petrarota per la società ricorrenti e l'avv. Luigi Volpe per la Regione Puglia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con ricorso collettivo notificato l'8 maggio 2003 e depositato in Segreteria il 21 maggio 2003, le società Studio/9 Agenzia di pubblicità e marketing S.r.l., con sede in Bari, anche quale capogruppo della costituenda associazione temporanea d'impresa, *****, hanno proposto le cumulative domande di annullamento, accertamento e condanna in epigrafe meglio specificate.

Giova premettere che:

- con determinazione del dirigente dell'area di coordinamento delle politiche comunitarie della Regione Puglia n. 5 del 15 marzo 2002 è stato approvato il bando di gara ed il connesso disciplinare per l'affidamento della campagna di comunicazione del piano operativo regionale - P.O.R. Puglia 2000-2006, mediante procedura aperta di cui all'art. 6 comma 1 lettera a) del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 e col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui al successivo art. 23 comma 1 lettera b), in base al punteggio massimo di 100 punti, di cui 80 per la qualità dell'offerta e 20 per l'offerta economica a corpo, in ribasso quest'ultima sul prezzo a base di gara di € 3.144.600,00 al netto di I.V.A. ;

- pubblicato il bando del pubblico incanto e nominata la commissione giudicatrice (alcuni componenti della quale sono stati sostituiti nel corso dei lavori), all'esito dei lavori della medesima le imprese partecipanti sono risultate così graduate:

1) ****p. 88,69 (di cui 74 per l'offerta tecnica e 14,69 per l'offerta economica)

- 2) ***** p. 82, 81 (di cui 66 per l'offerta tecnica e 16,81 per l'offerta economica)
- 3) ***** p. 77,00 (di cui 57 per l'offerta tecnica e 20 per l'offerta economica)
- 4) ***** p. 72,68 (di cui 58 per l'offerta tecnica e 14,60 per l'offerta economica)
- 5) **** p. 72,13 (di cui 57 per l'offerta tecnica e 15,13 per l'offerta economica)
- 6) *** p. 66,12 (di cui 51 per l'offerta tecnica e 15,12 per l'offerta economica)
- 7) *****+ p. 63,69 (di cui 48 per l'offerta tecnica e 15,29 per l'offerta economica)
- 8) ***** p. 62,70 (di cui 48 per l'offerta tecnica e 14,70 per l'offerta economica)

- con il verbale di gara n. 15 la commissione giudicatrice, preso atto che il primo concorrente graduato era la costituenda associazione temporanea d'impresе tra le società ricorrenti, nel rimettere gli atti al settore provveditorato, economato, contratti e appalti della Regione Puglia, ha evidenziato "...la scarsissima incidenza del fattore economico sulla aggiudicazione del progetto. Tale incidenza, peraltro espressamente prevista dal capitolato, ha reso, di fatto, irrilevante qualunque valutazione dell'offerta economica, determinando, in conseguenza, la soccombenza di proposte ugualmente valide...e con l'ulteriore vantaggio di un costo più basso", nonché l'opportunità "...per occasioni similari, (di) prevedere, salvo diverso avviso, una più congrua rilevanza al fattore economico, in linea, ad esempio, con quanto stabilito dal D.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117, sia pure per quanto concerne gli appalti di pubblico servizio”;

- con determinazione del dirigente del settore provveditorato, economato, contratti e appalti della Regione Puglia n. 239 del 27 marzo 2003 è stata negata l'aggiudicazione del pubblico incanto "...interessando il competente settore Area delle Politiche Comunitarie perché attivi un nuovo e diverso procedimento, tarato eventualmente in maniera diversa, fissando nuovi parametri, sulla scorta dei quali valutare le nuove offerte, sia sotto l'aspetto tecnico che sotto quello economico”;

- a sostegno della suddetta determinazione sono state addotte:

-- "...alcune perplessità sulla correttezza della conduzione dei lavori...(apparendo al dirigente)...inopportuna la tassativa esclusione dalla gara della ditta **** SpA, peraltro assente in sede di prima riunione pubblica, per cauzione insufficiente, potendosi viceversa richiedere, previa ammissione con riserva, il reintegro della cauzione stessa”;

A sostegno delle cumulative domande proposte, con unico motivo complesso, le società ricorrenti hanno dedotto le seguenti censure:

(...)

Infondato è poi il preteso rilievo dell'esclusione di una concorrente che, avendo prestato cauzione provvisoria in misura inferiore a quella dovuta, legittimamente non è stata ammessa alla valutazione delle offerte ai sensi del bando di gara.

Nel giudizio si è costituita la Regione Puglia, con memorie difensive depositate il 10 giugno ed 11 novembre 2003, rilevando l'infondatezza del ricorso in base ai rilievi di seguito sintetizzati:

(...)

d) la commissione avrebbe dovuto consentire l'integrazione della cauzione da parte della società *** S.p.A., viceversa esclusa dalla gara.

Con memoria difensiva depositata il 6 dicembre 2003, le società ricorrenti hanno ribadito e ulteriormente illustrato le censure dedotte in ricorso.

Con ordinanza n. 454 dell'11 giugno 2003 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati, con successiva rinuncia all'appello di cui ha preso atto il Consiglio di Stato – Sezione IV con ordinanza n. 4019 del 23 settembre 2003.

All'udienza pubblica del 17 dicembre 2003, il ricorso è stato discusso e riservato per la decisione.

DIRITTO

1.) Il ricorso in epigrafe è fondato e deve essere accolto, nei sensi che seguono.

(...)

A) Così, quanto alle "...perplexità sulla correttezza della conduzione dei lavori...(apparso al dirigente)...inopportuna la tassativa esclusione dalla gara della ditta **** SpA, peraltro assente in sede di prima riunione pubblica, per cauzione insufficiente, potendosi viceversa richiedere, previa ammissione con riserva, il reintegro della cauzione stessa", è sufficiente osservare che a tenore del disciplinare e del bando di gara l'esclusione della predetta ditta era atto affatto vincolato, senza che potesse farsi luogo ad alcun "reintegro" (recte: integrazione) della cauzione.

La ***** S.p.A., come si rileva dal verbale n. 2 del 19 settembre 2002, aveva infatti prestato cauzione provvisoria per soli € 62.894,00 a fronte di quella dovuta (pari al 3% dell'importo di appalto, ovvero della somma a base di gara) agevolmente determinabile mediante semplice operazione aritmetica in € 93.338,00.

Il disciplinare di gara all'art. 4, dopo aver precisato il contenuto dei tre plichi da presentare in unico plico esterno, e con riguardo al plico "A", relativo alla documentazione, al punto c) proprio la "...cauzione provvisoria mediante fideiussione a norma di legge, nella misura del 3% dell'importo di appalto...", chiariva che "la mancanza o l'incompletezza della documentazione di cui ai punti precedenti o la mancanza dei requisiti di ammissibilità determina l'esclusione dalla gara".

Dunque, non soltanto la prescrizione relativa alle modalità di presentazione della cauzione ed alla sua misura era affatto chiara ed inequivoca, tale da non poter ingenerare alcun errore "scusabile" (ineludibile presupposto per l'ipotizzata "regolarizzazione mediante integrazione della cauzione"), ma, soprattutto essa era presidiata da altrettanto chiara ed inequivoca sanzione di esclusione costruita in modo "cogente" (la mancanza o l'incompletezza "...determina l'esclusione dalla gara").

Di tal ché la commissione giudicatrice giammai avrebbe potuto esercitare alcun potere discrezionale in ordine alla regolarizzazione della cauzione, se non violando platealmente la prescrizione innanzi richiamata, con ovvia contestuale lesione del principio di par condicio.

Del tutto irrilevante è poi la circostanza che alla parte pubblica delle operazioni di gara fosse assente il rappresentante della concorrente esclusa, evidentemente tanto poco interessata alla gara da aver prestato cauzione insufficiente e da aver ritenuto di non dover intervenire alla seduta, posto che, appunto, non poteva farsi luogo ad alcuna integrazione della cauzione (da prestarsi o con la sostituzione della polizza fideiussoria, o con la presentazione di polizza aggiuntiva per la differenza d'importo non coperta da quella prodotta).

In tal senso sono pienamente fondate le censure sul punto dedotte in ricorso, meglio specificate in narrativa.

(...)

2.) Il ricorso in epigrafe deve essere quindi accolto, per la parte relativa all'impugnazione della determinazione dirigenziale n. 239 del 27 marzo 2003 di diniego dell'aggiudicazione alle società ricorrenti, componenti la costituenda associazione temporanea d'impresе, del pubblico incanto per l'affidamento della progettazione e realizzazione di una campagna di comunicazione del programma operativo regionale (P.O.R.) 2000-2006.

Non può, invece, allo stato, trovare accoglimento la domanda risarcitoria proposta, poiché essa è condizionata dal prosieguo dell'attività amministrativa, a seconda che la Regione Puglia proceda all'approvazione degli atti di gara ed all'aggiudicazione definitiva del pubblico incanto (ciò che integrerebbe l'esatto e puntuale soddisfacimento dell'interesse sostanziale azionato) ovvero alla revoca del disciplinare e del bando di gara, salva ovviamente in quest'ultima ipotesi la proposizione di nuova domanda di annullamento e/o di altra domanda risarcitoria.

3.) Il regolamento delle spese processuali, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza, mentre non vi è luogo a provvedere in ordine alle spese per le altre parti private intime non costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Sede di Bari – Sezione I, così provvede sul ricorso in epigrafe n. 717 del 2003:

1) accoglie il ricorso, limitatamente alla parte impugnatoria, e per l'effetto annulla la determinazione del dirigente del settore provveditorato, economato, contratti e appalti della Regione Puglia n. 239 del 27 marzo 2003, salvi i provvedimenti ulteriori dell'amministrazione;

2) rigetta il ricorso quanto alla domanda risarcitoria proposta;

3) condanna la Regione Puglia, in persona del Presidente pro-tempore della Giunta Regionale, alla rifusione, in favore delle società Studio/9 Agenzia di pubblicità e marketing S.r.l., con sede in Bari, CK Associati S.r.l., con sede in Potenza, Spegna S.r.l., con sede in Bari, Fleishman Hillard Italia S.p.A., con sede in Milano, Opificio S.r.l., con sede in Milano, in persona dei rispettivi legali rappresentati pro-tempore, delle spese ed onorari di giudizio che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00);

4) dichiara non luogo a provvedere in ordine alle spese per le altre parti private intime non costituite in giudizio.

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

Così deciso in Bari nella Camera di Consiglio del 17 dicembre 2003