

Importo della cauzione provvisoria di L.63.310.000, anziché L.69.310.000: una tale fideiussione risulta comunque idonea a svolgere la propria funzione di garanzia dell'obbligo assunto ad addivenire alla stipula del contratto, né era leso il principio della par condicio (non attenendo l'irregolarità riscontrata all'offerta ma ad una condizione di sua ammissibilità) in quanto, pur in presenza di una clausola di comminatoria d'esclusione, sussistevano le condizioni per l'applicazione del generale principio di diritto secondo cui gli errori di agenti terzi, che in qualche misura sono partecipi di una funzione pubblica o la cui attività si riverbera nel procedimento, non possono ridondare in danno di altri soggetti

In tema di errori scusabili a fronte di un importo di una cauzione provvisoria minore di quello richiesto, merita di essere segnalata la sentenza n. 20 del 20 gennaio 2003 emessa dal Tar Marche, Ancona:

<Occorre preliminarmente chiarire che, nella specie, non vi è stata un'omissione nell'ottemperare ad una condizione imposta dal bando: la costituzione di una cauzione, al fine di garantire, come è noto, la stazione appaltante in ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto, avvenuta l'aggiudicazione.

E' stata, invece, rilasciata una fideiussione per un importo minore (L.63.310.000, anziché L.69.310.000) di quello della cauzione che la ditta ha dichiarato di voler prestare.

Come ha osservato nel suo parere il responsabile dell'Ufficio legale dell'Ente appaltante, la riduzione nell'ammontare della garanzia, offerta in forma cumulativa (in quanto riferita a più lotti per ciascuno dei quali il capitolato speciale aveva fissato una cifra), ha trovato ragione in un errore di scrittura e/o di trascrizione (facilmente verificabile e presumibile, ove si abbia riguardo al fatto che il 9 è stato sostituito da un 3, numeri di somigliante scritturazione).

La cauzione prestata non era del tutto idonea (tenuto conto della sostanziale scindibilità della gara in più procedure) a svolgere la propria funzione di garanzia dell'obbligo assunto ad addivenire alla stipula del contratto, né era leso il principio della par condicio (non attenendo l'irregolarità riscontrata all'offerta ma ad una condizione di sua ammissibilità); in tale specifico caso, pur in presenza di una clausola di comminatoria d'esclusione, sussistevano le condizioni per l'applicazione del generale principio di diritto secondo cui gli errori di agenti terzi, che in qualche misura sono partecipi di una funzione pubblica o la cui attività si riverbera nel procedimento, non possono ridondare in danno di altri soggetti (per l'applicazione del principio in sede di procedimento giurisdizionale, cfr.: Cons.St., Ad.Pl., 3 luglio 1997, n.11).>

Ma vi è di più.

< Ad ogni buon fine, non inciso il principio della par condicio, non creando l'ammessa integrazione dell'importo cauzionale alcuna modifica dell'offerta e dei suoi elementi soggetti a valutazione, e fatta salva la funzione cui è preconstituita la cauzione provvisoria, non sono senza rilievo, nel caso che ne occupa, le norme in materia di procedimento amministrativo stabilite dall'art.7 e seguenti della L. 7 agosto 1990, n. 241 di partecipazione ai fini di rispondenza ai generali principi di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, traducibili nell'in-teresse per la stazione appaltante all'accesso del maggior numero di concorrenti, in vista di una più ampia concorrenzialità.>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLE MARCHE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

ai sensi dell'art.3, co.1°, e dell'art.9, co.1°, della L. 21 luglio 2000, n.205,

sul ricorso n.183 del 2002 proposto dalla ditta *** s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Carullo, Beatrice Belli e Andrea Galvani ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Ancona, Corso Mazzini n.156;

contro

l'AZIENDA SANITARIA LOCALE n.5 di JESI, in persona del Direttore generale pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Santini ed elettivamente domiciliato in Ancona, Piazza Cavour n.2 (studio avv. Riccardo Stecconi);

e nei confronti

- della ditta *** s.p.a., in persona dell'Amministratore e legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Domenico Albergo e Guido Salvadori ed elettivamente domiciliata in Ancona, Piazza Cavour n.29, presso la Segreteria del Tribunale;
- dell'AZIENDA U.S.L. n.4 di SENIGALLIA, in persona del Direttore Generale e legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;
- dell'AZIENDA U.S.L. n.6 di FABRIANO, in persona del Direttore Generale e legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;
- dell'AZIENDA U.S.L. n.7 di ANCONA, in persona del Direttore Generale e legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione 31 dicembre 2001 n.1109 con la quale il Direttore generale ha aggiudicato alla controinteressata soc. *** i lotti n.2, 3 e 7 di cui alla gara d'appalto per la fornitura triennale di prodotti sanitari;
- dei verbali della seduta di gara del 30 agosto e del 12 settembre 2001 e dei verbali allegati alla deliberazione n.1109 del 2001;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno.

Visti il ricorso con i relativi allegati ed i motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.S.L. n.5 di Jesi e della controinteressata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla camera di consiglio del 19 novembre 2002, il Consigliere Giancarlo Giambartolomei;

Uditi, altresì, l'avv. Andrea Galvani per la ricorrente e l'avv. Alberto Clini, su delega dell'avv. Stefano Santini per l'Azienda U.S.L. n.5 intimata;

Accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria;

Ritenuto che sussistono i presupposti per decidere il ricorso con sentenza succintamente motivata, in conformità di quanto previsto dall'art.3, co.1°, e dall'art.9, co.1°, della L. 21 luglio 2000, n.205;

Sentite sul punto le parti costituite;

Visto il dispositivo n.55, pubblicato in data 21 novembre 2002, ai sensi dell'art.23/bis, VI comma, della L. 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto con l'art.4 della L. 21 luglio 2000, n.205;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso notificato il 19/20 febbraio 2002 la ditta *** s.p.a., seconda classificata nei medesimi lotti, ha impugnato la deliberazione 31 dicembre 2001 n.1109 con la quale il Direttore generale dell'Azienda U.S.L. di Jesi ha aggiudicato alla controinteressata soc. *** i lotti nn.2, 3 e 7 di cui alla gara d'appalto per la fornitura triennale di prodotti sanitari, indetta con deliberazione del 27 giugno 2001 n.578, secondo le procedure previste dal D.Lgs. n.358 del 1992, dall'Azienda U.S.L. n.5 di Jesi, quale capofila delle Aziende sanitarie locali n.4 di Senigallia, n.6 di Fabriano e n.7 di Ancona.

La ricorrente ditta ha chiesto anche il risarcimento del danno in forma specifica per la parte della fornitura non ancora portata a compimento, nonché per equivalente per la restante parte.

Con un unico articolato motivo ha dedotto la ricorrente la violazione della lex specialis della gara; l'eccesso di potere sotto il profilo della violazione del principio della par condicio; il falso presupposto di fatto e di diritto; l'illogicità.

1.1.- A seguito del deposito 4 marzo 2002, effettuato dall'intimata Azienda U.S.L. n.5 di Jesi, di copia della fideiussione trasmessa dalla ditta *** al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, nonché di copia della documentazione dalla medesima ditta successivamente prodotta, in data 15/18 marzo 2002 la ricorrente ha dedotto le seguenti ulteriori censure di: violazione della lex specialis (art.9 del capitolato speciale) sotto un diverso profilo; di eccesso di potere per contraddittorietà e perplessità; di violazione dell'art.18 della L. n.241 del 1990 e dell'art.15 del D.Lgs. n.358 del 1992.

1.2- L'Azienda U.S.L. n. 5 di Jesi si è costituita e con memorie datate 4 marzo e 2 maggio 2002 ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata sua notifica alle Aziende sanitarie locali n.4 di Senigallia, n.6 di Fabriano e n.7 di Ancona. La soc. ***, ditta aggiudicataria, con memoria depositata l'8 maggio 2002, ha controdedotto alle argomentazioni della ricorrente.

Nella camera di consiglio del 5 marzo 2002, fissata per l'esame dell'istanza cautelare, sentite le parti costituite, la causa è stata rinviata alla camera di consiglio del 21 maggio 2001 per essere decisa ex art.9, primo comma, della L. n.205 del 2000. Dopo successivi rinvii, la causa è stata trattata e decisa all'odierna camera di consiglio del 19 novembre 2002.

In ottemperanza all'ordinanza collegiale 22 maggio 2002 n.183 l'Azienda U.S.L. n.5 di Jesi ha depositato documenti, mentre la società ricorrente ha provveduto ad integrare il contraddittorio nei confronti delle Aziende U.S.L. n.4 di Senigallia, n.6 di Fabriano e n.7 di Ancona.

La ricorrente ha prodotto memorie in data 15 maggio 2002 ed in data odierna.

2.- Le Aziende U.S.L. n.4 di Senigallia, n.6 di Fabriano e n.7 di Ancona, con propri atti deliberativi, hanno manifestato adesione all'acquisizione, in forma associativa, di quantitativi di garze, cerotti e cotone, riconoscendo come capo fila l'Azienda U.S.L. n.5 di Jesi alla quale hanno demandato d'esperire la necessaria gara (per singoli lotti), da aggiudicare a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come previsto dall'art.16, lett.b, del D.L. n.358 del 1992.

2.1.- Infondata è l'eccezione d'inammissibilità per mancata chiamata in giudizio all'atto della proposizione del ricorso principale e dei motivi aggiunti delle controinteressate Aziende U.S.L. n.4 di Senigallia, n.6 di Fabriano e n.7 di Ancona che, in quanto associate all'Azienda U.S.L. n.5 di Jesi, sarebbero portatrici d'interessi del tutto autonomi ed indipendenti rispetto a quello dell'Azienda U.S.L. n.5 di Jesi e della *** s.p.a. (da cui l'impossibilità di un'integrazione successiva).

La notificazione è stata effettuata nei confronti dell'Azienda U.S.L. n.5 di Jesi quale autorità emanante ed alla ditta *** s.p.a. nella veste di controinteressata. E' la sola Azienda U.S.L. capo fila ad aver emesso gli atti impugnati, la notifica del ricorso è stata eseguita nei suoi confronti e, come richiesto dall'art.21, co.1°, della L. 6 dicembre 1971, n.1034, ad uno dei controinteressati ("almeno uno"), veste che appare essere propria anche delle Aziende U.S.L. n.4 di Senigallia, n.6 di Fabriano e n.7 di Ancona, in quanto destinatarie dei risultati della gara e nei cui confronti il contraddittorio è stato successivamente regolarizzato (come ammesso dal citato art.21, co.1°).

3.- Nel merito il ricorso è, tuttavia, infondato.

3.1.-La fornitura era divisa in lotti e la soc. *** nel partecipare per i numeri 1, 2, 3, 4, 5, 7, 15 e 17, in ottemperanza a quanto previsto dall'art.9 del capitolato speciale, ha dichiarato di aver prestato garanzia fideiussoria cumulativa per L.69.310.000, ma ha allegato una fideiussione bancaria per il minore importo di L.63.310.000.

Su invito dell'Amministrazione, la soc. *** ha provveduto al deposito di un'ulteriore fideiussione di L.6.000.000; risultata aggiudicataria per tre lotti, è stata ammessa ad eseguire la fornitura in forza del provvedimento di aggiudicazione (con valore di contratto).

3.2.- Richiamati gli artt.7 e 9 del Capitolato speciale (ai sensi del secondo "la mancata presentazione del titolo attestante il versamento della cauzione avverso il versamento di un importo inferiore a quello richiesto, comporta l'esclusione della Ditta dalla partecipazione alla gara"), la

ricorrente assume essere palesemente illegittima la mancata loro applicazione ad opera della Commissione che ha permesso alla soc. *** l'integrazione della fideiussione ed il tardivo completamento della domanda, mentre avrebbe dovuto escluderla dalla gara.

La sola difformità tra la somma che la ditta *** ha dichiarato di aver versato ed il reale importo del titolo prodotto avrebbe dovuto comportare l'esclusione, né sarebbero sussistite le condizioni per avvalersi dell'art.15 del D.Lgs. n.358 del 1992.

Le dedotte censure non sono condivisibili.

Occorre preliminarmente chiarire che, nella specie, non vi è stata un'omissione nell'ottemperare ad una condizione imposta dal bando: la costituzione di una cauzione, al fine di garantire, come è noto, la stazione appaltante in ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto, avvenuta l'aggiudicazione.

E' stata, invece, rilasciata una fideiussione per un importo minore (L.63.310.000, anziché L.69.310.000) di quello della cauzione che la ditta ha dichiarato di voler prestare.

Come ha osservato nel suo parere il responsabile dell'Ufficio le-gale dell'Ente appaltante, la riduzione nell'ammontare della garanzia, offerta in forma cumulativa (in quanto riferita a più lotti per ciascuno dei quali il capitolato speciale aveva fissato una cifra), ha trovato ragione in un errore di scrittura e/o di trascrizione (facilmente verificabile e presumibile, ove si abbia riguardo al fatto che il 9 è stato sostituito da un 3, numeri di somigliante scritturazione).

La cauzione prestata non era del tutto inidonea (tenuto conto della sostanziale scindibilità della gara in più procedure) a svolgere la propria funzione di garanzia dell'obbligo assunto ad addivenire alla stipula del contratto, né era leso il principio della par condicio (non attenendo l'irregolarità riscontrata all'offerta ma ad una condizione di sua ammissibilità); in tale specifico caso, pur in presenza di una clausola di comminatoria d'esclusione, sussistevano le condizioni per l'applicazione del generale principio di diritto secondo cui gli errori di agenti terzi, che in qualche misura sono partecipi di una funzione pubblica o la cui attività si riverbera nel procedimento, non possono ridondare in danno di altri soggetti (per l'applicazione del principio in sede di procedimento giurisdizionale, cfr.: Cons.St., Ad.Pl., 3 luglio 1997, n.11).

La Commissione non ha dato applicazione all'art.15 D.Lgs. 24 luglio 1992, n.358 che limita la possibilità d'integrazione documentale ad una delle ipotesi (che nel caso che ne occupa non ricorre) di cui ai precedenti artt.11, 12, 13 e 14.

Ad ogni buon fine, non inciso il principio della par condicio, non creando l'ammessa integrazione dell'importo cauzionale alcuna modifica dell'offerta e dei suoi elementi soggetti a valutazione, e fatta salva la funzione cui è preconstituita la cauzione provvisoria, non sono senza rilievo, nel caso che ne occupa, le norme in materia di procedimento amministrativo stabilite dall'art.7 e seguenti della L. 7 agosto 1990, n. 241 di partecipazione ai fini di rispondenza ai generali principi di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, traducibili nell'in-teresse per la stazione appaltante all'accesso del maggior numero di concorrenti, in vista di una più ampia concorrenzialità.

4.- Per quanto sopra considerato, il ricorso deve essere respinto.

Analoga consequenziale sorte segue la domanda di risarcimento del danno.

Si ritiene equo compensare tra le parti le spese e gli onorari di giu-dizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale delle Marche respinge il ricorso e la domanda di risarcimento danni.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio del 19 novembre 2002, con l'intervento dei Magistrati:

Dott. Bruno Amoroso - Presidente

Dott. Giancarlo Giambartolomei - Consigliere, est.

Dott. Giuseppe Daniele - Consigliere

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 20 GEN. 2003

Ancona, 20 GEN. 2003

IL SEGRETARIO GENERALE