

Importo della cauzione provvisoria pari al 5% dell'offerta presentata e non dell'importo dell'appalto specificato nel bando: legittima l'esclusione se la Commissione non ritiene congrua la garanzia e quindi annullamento dell'aggiudicazione provvisoria di un'impresa che mal ha calcolato l'importo da prestare quale fideiussione.

Merita di essere segnalata la decisione numero 2095 del 14 aprile 2006 del Consiglio di Stato per la particolare fattispecie in essa discussa

Non si tratta infatti di decidere su di un importo di una solita cauzione provvisoria (normalmente pari al 2%) calcolata sull'importo a base d'asta e quindi decisa dall'Amministrazione, ma di una garanzia pari al 5% dell'importo dell'offerta presentata da ogni singola partecipante.

Così si esprime il Supremo giudice amministrativo nel propendere per la illegittima aggiudicazione dell'impresa che ha presentato la garanzia provvisoria di importo inferiore a quello calcolato dalla Commissione (quindi evidentemente, successivamente alla presentazione delle offerte):

< Risulta decisivo, invero, notare come la Commissione di gara abbia stabilito gli importi delle offerte economiche presentate dalla società appellante, per i lotti per cui intendeva concorrere, per le attrezzature ed apparecchiature oggetto della gara, determinando la somma complessiva in euro 602.351,50. Tale calcolo dell'Amministrazione, che ha accertato il valore dell'offerta economica della ditta, e che si è basato, evidentemente, sulle componenti tecnico-funzionali previste come indispensabili dal capitolato di gara, comporta che la cauzione provvisoria da presentare, pari al 5% del prezzo offerto, non poteva essere inferiore ad euro 30.117,57, a differenza di quella effettivamente prestata, di euro 26.350,00.

Da tale quantificazione operata dalla Commissione di gara, mai oggetto di gravame ad opera dell'odierna ricorrente, deriva come diretta conseguenza la nullità o invalidità dell'offerta presentata dalla società appellante, ai sensi dell'art. 15 del capitolato di gara, richiamato dalla lettera di invito, che prevede tale sanzione nel caso in cui il deposito cauzionale sia stato costituito in misura inferiore a quella prescritta. Va, pertanto, confermata l'illegittimità dell'aggiudicazione effettuata a favore della stessa ricorrente già rilevata dal giudice di primo grado.>

REPUBBLICA ITALIANA N.2095/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 2681 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso n. 2681/2005 R.G. proposto dalla \*\*\*\*\* s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Aurelio Cacace ed Arturo Marzano, ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Via Sabotino n. 45;

CONTRO

- \*\*\*\*\* s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Mario Rampini, ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio dell'Avv. Paolo Giuseppe Fiorilli, Via Cola di Rienzo n. 180, appellante incidentale;

e nei confronti di

- Azienda Sanitaria Locale n. 3 della Regione Umbria, in persona del Direttore Generale pro tempore, non costituita;

#### PER LA RIFORMA

Della sentenza resa dal T.A.R. per l'Umbria, n. 77/05, pubblicata in data 8 marzo 2005.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della \*\*\*\*\* s.r.l. e l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il Consigliere Michele Corradino;

Udito alla pubblica udienza del 29.11.2005 l'avv. Rampini come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### F A T T O

Con sentenza n. 77 dell'8 marzo 2005, il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria accoglieva il ricorso con il quale la \*\*\*\*\* s.r.l. chiedeva l'annullamento del provvedimento n. 966 del 24 novembre 2004 dell'Azienda Sanitaria Locale n. 3 della Regione Umbria di affidamento alla \*\*\*\*\* s.r.l., nell'ambito dell'appalto-concorso per l'acquisto delle attrezzature relative al blocco operatorio della nuova sede dell'ospedale di Foligno, della fornitura degli apparecchi relativi al lotto n. 11, nonché di ogni altro atto connesso o consequenziale, rigettandolo invece nel capo relativo all'impugnazione della decisione della commissione di gara di esclusione dell'offerta della stessa ricorrente di primo grado.

L'appellante contrasta le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si è costituita la \*\*\*\*\* s.r.l., che ha pure proposto appello incidentale.

Non si è costituita l' Azienda Sanitaria Locale n. 3 della Regione Umbria.

Con memorie depositate in vista dell'udienza le parti hanno insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 29.11.2005 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

#### D I R I T T O

Va anzitutto esaminato il motivo di appello con cui la \*\*\*\*\* s.r.l. contesta le argomentazioni del giudice di primo grado volte al rigetto, sulla base della riconosciuta possibilità di poter partecipare

alla nuova gara, dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse della \*\*\*\* s.r.l., esclusa dalla procedura selettiva, a far valere l'illegittimità dell'aggiudicazione ad altro concorrente.

Sostiene l'appellante che in tale ipotesi la posizione del soggetto legittimamente escluso sia uguale a quella di una impresa non partecipante alla gara, e come tale non tutelabile in quanto radicante un interesse di mero fatto.

La censura è infondata.

Il Collegio non ignora che la Sezione ha avuto modo di precisare che l'interesse alla rinnovazione della gara da parte del concorrente legittimamente escluso per inidoneità dell'offerta si configura come interesse di mero fatto, non tutelabile quale interesse legittimo, non avendo lo stesso concorrente una aspettativa diversa e maggiormente qualificata di quella che si può riconoscere in capo ad un qualunque altro soggetto che alla prima gara non abbia preso parte e che si riprometta invece di concorrere alla seconda. Ciò in quanto la partecipazione alla gara di appalto costituisce il fatto di legittimazione che radica nell'impresa l'interesse giuridicamente protetto all'impugnazione dell'aggiudicazione del contratto ad altro concorrente, con la conseguenza che l'estromissione dalla procedura concorsuale priva il soggetto escluso del titolo a dedurre vizi inerenti le ulteriori fasi della medesima procedura (sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. V, n. 5777 del 18 ottobre 2002 e, fra le meno recenti, Sez. IV, n. 57 del 23 gennaio 1986; n. 323 del 12 marzo 1996; Sez. V, n. 1309 del 4 novembre 1996; n. 3079 del 6 giugno 2001).

Va tuttavia rilevato che la regola in forza della quale l'impresa concorrente esclusa da una procedura selettiva non è legittimata a proporre censure riguardanti l'ulteriore svolgimento della gara è valida in riferimento al caso in cui l'amministrazione non sia più tenuta a ripetere la gara, una volta constatata l'impossibilità di aggiudicarla all'altro concorrente per difetto dei requisiti di ammissione o di partecipazione. Nell'ipotesi, invece, di una gara alla quale partecipino due soli concorrenti deve ritenersi pienamente sussistente l'interesse di ciascuno, sia pure non nella condizione di conseguire l'aggiudicazione, di vedere annullata l'aggiudicazione disposta in favore dell'altro concorrente, dato l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale egli può partecipare con la chance di aggiudicarsela. La giurisprudenza di questo Consiglio ha infatti circoscritto la degradazione a mero interesse di fatto dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa al caso in cui il concorrente escluso non possa comunque rivestire la qualità di aggiudicatario stante la possibilità dell'amministrazione di aggiudicare validamente la gara agli altri concorrenti, quando cioè i concorrenti rimasti in gara siano più di due. Nel caso dell'aggiudicazione in una gara con due soli concorrenti, è pertanto ammissibile l'interesse del soggetto escluso ad impugnare l'aggiudicazione all'altro quando la decisione annullatoria degli atti contestati determini il rinnovo delle operazioni concorsuali, atteso il risultato utile che egli ottiene attraverso l'accoglimento della propria domanda, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dalla p.a. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6285; sez. V, 23 agosto 2004, n. 5583; sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468). Avendo, nella specie, partecipato alla gara due soli concorrenti, è evidente il carattere tutelabile dell'interesse fatto valere dall'impresa \*\*\*\* s.r.l., che, sia pure esclusa, conserva il diritto a partecipare all'ulteriore procedura selettiva che l'Azienda Sanitaria Locale n. 3 della Regione Umbria è tenuta ad indire per mancanza di concorrenti meritevoli di aggiudicazione, una volta annullata quella in favore della \*\*\*\* s.r.l., di cui al provvedimento impugnato in primo grado.

Con il secondo motivo di ricorso la società appellante censura la sentenza impugnata anche nella parte in cui, nel merito, ha dichiarato l'inammissibilità dell'offerta presentata dalla stessa perché la cauzione provvisoria era inferiore a quella prevista dal bando di gara e, conseguentemente, ha

statuito in ordine all'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in proprio favore. Sostiene la \*\*\*\* s.r.l. che, sulla base del progetto di offerta predisposto, la quantificazione della cauzione provvisoria è stata compiuta in conformità delle regole di gara, che ne prevedevano un importo pari al 5% del prezzo offerto.

La censura non è fondata.

Risulta decisivo, invero, notare come la Commissione di gara abbia stabilito gli importi delle offerte economiche presentate dalla società appellante, per i lotti per cui intendeva concorrere, per le attrezzature ed apparecchiature oggetto della gara, determinando la somma complessiva in euro 602.351,50. Tale calcolo dell'Amministrazione, che ha accertato il valore dell'offerta economica della \*\*\*\* s.r.l. e che si è basato, evidentemente, sulle componenti tecnico-funzionali previste come indispensabili dal capitolato di gara, comporta che la cauzione provvisoria da presentare, pari al 5% del prezzo offerto, non poteva essere inferiore ad euro 30.117,57, a differenza di quella effettivamente prestata, di euro 26.350,00. Da tale quantificazione operata dalla Commissione di gara, mai oggetto di gravame ad opera dell'odierna ricorrente, deriva come diretta conseguenza la nullità o invalidità dell'offerta presentata dalla società appellante, ai sensi dell'art. 15 del capitolato di gara, richiamato dalla lettera di invito, che prevede tale sanzione nel caso in cui il deposito cauzionale sia stato costituito in misura inferiore a quella prescritta. Va, pertanto, confermata l'illegittimità dell'aggiudicazione effettuata a favore della stessa \*\*\*\* s.r.l. già rilevata dal giudice di primo grado.

Il Collegio passa, a questo punto, all'esame dell'appello incidentale proposto dalla \*\*\*\* s.r.l., volto a censurare la sentenza del T.A.R. limitatamente alla parte in cui ha respinto il ricorso di primo grado proposto dalla stessa società avverso il giudizio di inammissibilità o inidoneità della propria offerta operata dalla Commissione di gara.

La ricorrente incidentale sostiene che il T.A.R. avrebbe errato nel giudicare non pertinenti le proprie censure ritenendole rivolte a contestare il giudizio di inidoneità dell'offerta tecnica operato dalla Commissione di gara, che si è, invece, pronunciata in ordine alla non corretta formulazione dell'offerta economica, giacchè i motivi di ricorso erano rivolti proprio a censurare la valutazione sull'offerta economica effettuata dall'Amministrazione.

Il ricorso è infondato.

Il T.A.R., infatti, ha correttamente rilevato l'insussistenza del presupposto giuridico del ricorso di primo grado, giacchè quest'ultimo è stato fondato su una pretesa valutazione circa l'inidoneità dell'offerta tecnica proposta dalla \*\*\*\* s.r.l., mentre invece la Commissione di gara si è pronunciata solo sulla non corrispondenza dell'offerta economica rispetto alle previsioni di bando, e quindi sulla non valutabilità di quest'ultima, non svolgendo alcun ulteriore giudizio tecnico rispetto a quello effettuato dalla commissione tecnica. Invero, la ricorrente di primo grado ha dedotto in ordine alla questione della correttezza della formulazione dell'offerta economica solo con una successiva memoria difensiva che, però, non poteva ampliare l'oggetto del contendere. La giurisprudenza di questa Sezione, in proposito, ha già rilevato che la memoria con la quale si modifica la domanda principale, inserendovi una pretesa giuridica non coincidente con l'oggetto del giudizio originariamente delineato, configura una inammissibile mutatio libelli, conseguendo dalla stessa non un semplice mutamento della causa petendi, ma un non consentito ampliamento del thema decidendum, sul piano oggettivo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2004, n. 40).

2. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso in appello e l'appello incidentale vanno rigettati.

3. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) rigetta l'appello in epigrafe; rigetta l'appello incidentale.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato  
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - II 14 APRILE 2006