

Polizza provvisoria di importo inferiore a quello richiesto nel bando: viene considerato errore scusabile se, effettivamente il premio risulta conteggiato sul corretto importo

Risulta accettabile una tempestiva segnalazione dagli stessi interessati mediante formali precisazioni rese in appendice alla polizza da parte della compagnia assicuratrice (senza dunque alcuna polizza integrativa, modificativa o sostitutiva della cauzione originariamente fissata).

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 5656 del 30 agosto 2004 (riformando il Tar Sardegna, Cagliari, 8 luglio 2003, n. 924) considera errore scusabile una differenza (minima) tra l'importo della cauzione provvisoria presentato e quello realmente indicato nel bando di gara, salvo che venga accertato che, effettivamente, si tratti unicamente di errore di trascrizione.

La prova di tale banale sbaglio può essere fornita:

- sia in considerazione del fatto che il premio sia stato conteggiato sull'esatto importo;
- sia per il fatto che, prima dell'apertura delle buste delle offerte economiche, la ditta sia stata in grado di produrre un'appendice di polizza (quindi non un nuovo documento) nella quale la Compagnia di Assicurazioni attesti l'errore e dichiari la propria disponibilità ad essere garante dell'importo richiesto nel bando.

così si esprime infatti il Supremo Organo Amministrativo:

<Solo un approccio ingiustificatamente formalistico, infatti, ha consentito di sottrarre alla gara imprese che, in possesso dei requisiti di partecipazione, sono incorse in un errore materiale, in occasione della tempestiva produzione dei documenti, agevolmente rilevabile dall'Ente appaltante e comunque tempestivamente segnalato dagli stessi interessati mediante formali precisazioni rese in appendice alla polizza da parte della compagnia assicuratrice (senza dunque alcuna polizza integrativa, modificativa o sostitutiva della cauzione originariamente fissata).>

di assoluto parere contrario:

Sbagliare l'importo della cauzione provvisoria può comportare l'esclusione???

Il perseguimento della tutela dell'interesse pubblico, determina, a garanzia della par condicio tra le imprese partecipanti, la necessaria esclusione di quell'impresa che abbia prestato cauzione di importo inferiore a quanto richiesto, anche quando la discrasia abbia poca incidenza economica

Il Tar Sicilia, Sez. staccata di Catania, con la sentenza numero 626 del 12 marzo 2004 sancisce che l'importo della cauzione provvisoria deve corrispondere esattamente a quanto richiesto altrimenti è legittima l'esclusione

L'onere di garanzia a carico delle imprese concorrenti – si legge nell'emarginata sentenza - è posto a salvaguardia dell'interesse dell'Amministrazione alla serietà delle offerte presentate, al fine di impedire, o quantomeno disincentivare, partecipazioni fittizie, cui non corrisponde un reale interesse alla stipula del contratto e all'esecuzione dei lavori

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 ch  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."

Confermata l'esclusione , la cauzione non fa parte dei dati storici - **Tar veneto, Venezia, n. 1145/2004**

la cauzione doveva, per essa, ammontare a £. 1.085.000.000- nella polizza assicurativa veniva indicato l'importo della stessa in £. 1.080.500.000. Sul presupposto della non conformità di detta cauzione alla prescrizione del bando, la stessa veniva esclusa dalla gara

In detta contesa la quaestio juris da risolvere al fine della decisione   di carattere puntuale, e riguarda il quesito se l'imprecisione nell'importo della cauzione presentata a termini della lex specialis di gara possa ritenersi sanabile, con riguardo sia al fatto che pare trattarsi di errore materiale nell'indicazione dell'importo (peraltro inferiore a quello richiesto per una esigua differenza), sia all'intenzione della ricorrente di presentare, verosimilmente, una cauzione corretta, sia, ancora, alle precisazioni fornite dalla societ  assicuratrice. In buona sostanza si invoca quella giurisprudenza che "consente la regolarizzazione di atti e documenti formalmente irregolari, in quanto finalizzata... all'interesse pubblico alla massima partecipazione gara, e di evitare che detta esigenza possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione comprovante il possesso dei requisiti di partecipazione", con il conseguente obbligo della P.A. di richiesta di elementi integrativi al riguardo.

Ivi la Sezione ha, inoltre, chiarito che in base alle norme vigenti ai fini del potere della stazione appaltante di chiedere integrazioni (c.d. dovere di soccorso) occorre distinguere fra requisiti di partecipazione "storici" (nel senso che attengono a caratteri preesistenti dell'impresa quali l'affidabilit  tecnica o economico-finanziaria, ecc.) e "tutto ci  che attiene alla gara nel suo farsi, ci   all'offerta e ai suoi elementi accessori", chiarendo che il dovere di soccorso, piuttosto che in termini di errore scusabile, pare doversi ricostruire come rimedio attinente ai soli requisiti ("storici") di partecipazione, e non pure agli elementi di gara, per i quali deve escludersi la regolarizzazione poich  gli altri concorrenti possono vantare pretese qualificate a far valere gli effetti della decadenza.

In sintesi, potrebbe dirsi che la giurisprudenza dà rilievo, attualmente, al dovere di partecipazione diligente, in forza del quale non può ritenersi influente l'errore commesso nell'adeguarsi alla lex specialis di gara.

Orbene, se tali sono i termini della questione e lo stato della giurisprudenza, specialmente di questo Tribunale, non vi è spazio per la pretesa regolarizzazione nel caso di specie, poiché, con tutta evidenza, qui non si tratta di chiarire o integrare lacune di un documento attinente ai requisiti storici della ricorrente quanto, invece, di uno degli elementi della domanda di partecipazione e dell'offerta, formulato erroneamente a fronte di disposizioni non ambigue del bando. Di conseguenza l'esclusione dell'odierna ricorrente, alla stregua delle considerazioni fin qui esposte, deve considerarsi legittima.

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8754/03, proposto da **** s.p.a. e **** Idrobioimpianti s.r.l.
contro

il Consorzio A.S.I. della Sardegna Centrale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Marcello Mereu, ed elettivamente domiciliato in Roma, v. E.Q. Visconti n. 20 (studio M.S. Masini),

e nei confronti

della ****Sarda s.p.a.,
per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna 28 luglio 2003, n. 924, resa inter partes, con la quale sono stati dichiarati inammissibili i ricorsi proposti dalle attuali appellanti principali, nonché dalla ****, rispettivamente avverso la propria esclusione dalla gara, di cui al pubblico incanto del 24 gennaio 2003, indetta dal Consorzio A.S.I. della Sardegna Centrale per l'assegnazione dei lavori di adeguamento funzionale dell'impianto di depurazione consortile presso l'agglomerato industriale di Ottana, e avverso la riammissione in gara dell'ATI ****, già esclusa dalla Commissione di gara nella seduta del 26 febbraio 2003.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'intimato Consorzio A.S.I. Sardegna Centrale, nonché della ****Sarda e della **** Ambiente, anche come capogruppo delle rispettive A.T.I., appellanti incidentali;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo della decisione in epigrafe, n. 175,
2004;

pubblicato il 3 marzo

Relatore alla pubblica udienza del 2 marzo 2004 il Consigliere Gerardo Mastrandrea; uditi per le parti gli avv.ti Vittoria e Masini, su delega, rispettivamente, degli avv.ti Salvi e Mereu;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso n. 504/03, proposto dinanzi al TAR della Sardegna, le odierne ricorrenti principali esponevano di aver partecipato, in vista di una costituenda ATI, alla gara per pubblico incanto indetta dal Consorzio A.S.I. della Sardegna Centrale per l'assegnazione dei lavori di adeguamento funzionale dell'impianto di depurazione consortile presso l'agglomerato industriale di Ottana, con importo a base di gara di € 5.227.727,96, da aggiudicarsi al prezzo più basso.

A tal fine presentavano la loro offerta corredata della polizza fidejussoria a garanzia degli obblighi inerenti la partecipazione alla gara, secondo quanto previsto dall'articolo 30 della legge n. 109/94, nella misura dell'1% consentita dall'articolo 8, comma 11 quater, della medesima legge per le imprese in possesso di certificazione di qualità.

Senonché, nella polizza presentata veniva trascritto l'importo di € 52.273,00 anziché quello (corretto) di € 52.277,00.

Per tale motivo, dunque, ovvero per importo cauzionale insufficiente, le ricorrenti venivano escluse dalla gara.

Malgrado il tempestivo inoltro di una dichiarazione della compagnia assicurativa a conferma della totale copertura dell'importo richiesto di € 52.277,00, l'esclusione dalla gara veniva ribadita dal Consorzio appaltante.

2. Di qui il ricorso di prime cure, affidato ai seguenti motivi:

1) Eccesso di potere, illogicità ed irragionevolezza: con riguardo all'esiguità della differenza tra quanto prestato e quanto richiesto;

2) Eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza: per non essersi considerato che l'importo segnato sulla polizza presentata con l'offerta era il frutto di un mero errore di trascrizione, prontamente sanato dalla stessa compagnia di assicurazione.

Concludevano quindi le ricorrenti chiedendo, previa sospensione, l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti per effetto della partecipazione alla gara e per il mancato utile (quantificati nel 10% dell'importo complessivo dei lavori).

Con ricorso per motivi aggiunti, le ricorrenti impugnavano anche i verbali di gara del 26 febbraio e del 14 marzo 2003, e la deliberazione del consiglio di amministrazione del Consorzio A.S.I. della Sardegna Centrale n. 27 del 27 febbraio 2003, con la quale era stata disposta la riammissione in gara dell'ATI *****Sarda S.p.a.

Ad avviso delle ricorrenti, infatti, la decisione del Consorzio di escluderle per l'errore di minimo rilievo sopra ricordato sarebbe stata illegittima anche per contraddittorietà e disparità di trattamento, una volta rapportata alla decisione di riammettere la *****Sarda S.p.a., in un primo momento esclusa con riguardo al contenuto della dichiarazione di cui all'articolo 75 del DPR n. 554/99. Inoltre, a differenza di quanto accaduto per *****, il Consorzio non avrebbe neppure considerato i chiarimenti forniti dalla *****.

(....)

Quest'ultima, con il gravame incidentale, ha chiesto, in particolare, la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha giudicato inammissibile il ricorso introduttivo di pertinenza, riproponendo, come accennato, le censure originarie.

Le parti hanno depositato memoria.

Alla pubblica udienza del 2 marzo 2004 il ricorso in appello è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello principale promosso da ***** ed *** merita accoglimento.

(...)

4. Orbene, tutto ciò premesso, hanno ragione le appellanti principali a lamentare che dal c.d. taglio delle ali non può derivare automaticamente l'esclusione delle offerte rientranti nel detto 10 % di quelle presentate e quindi non computate ai fini della media aritmetica di individuazione della soglia di anomalia.

L'esclusione automatica di un'offerta da una gara di appalto è stata, in effetti, limitata nel nostro ordinamento a casi del tutto specifici, conformemente ai dettami della normativa comunitaria, e tra essi non è ricompreso il caso di specie.

La procedura di "taglio delle ali" è finalizzata al calcolo della media aritmetica, non all'esclusione automatica di alcune partecipanti alla gara (a cui, del resto, non si fa alcun cenno nemmeno nel bando), relativamente alle quali, nondimeno (anche se dunque rientranti nel 10% escluso dal computo della media delle offerte), non può considerarsi preclusa una valutazione di congruità delle giustificazioni rese in ordine ai prezzi offerti.

Individuata, dunque, la soglia di anomalia grazie all'indicata procedura, l'offerta dell'ATI *****-Ibi, superando essa per prima la detta soglia, doveva essere sottoposta al procedimento di verifica della congruità e non di certo automaticamente esclusa.

Le offerte del tipo di quella presentata dalle reclamanti, nell'ambito - come nella fattispecie (importo a base d'asta superiore a 5 milioni di €) - di un appalto di lavori che si colloca al di sopra della soglia comunitaria, vengono solo fittiziamente escluse, attraverso il c.d. taglio delle ali, nella prima fase del calcolo della soglia di anomalia (e cioè, quella ordinata al computo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse), restando peraltro irrilevanti anche ai fini della successiva fase del calcolo, tesa a determinare lo scarto medio dei ribassi percentuali che superano la detta media (Cons. Stato, V, 11 luglio 2001, n. 3861).

La pronunzia di inammissibilità formulata dal TAR con riguardo al ricorso *****, proposto avverso il provvedimento della propria esclusione, va, pertanto, riformata (il percorso logico-giuridico è stato incidentalmente contestato anche dalla *****, salvo quanto appresso si dirà circa la procedibilità del rispettivo atto di appello, atteso che il TAR sardo, nell'affermare l'inammissibilità anche del ricorso proposto dalla ***** contro la riammissione della stessa *****, ha affermato che anche l'offerta di quest'ultima andava "comunque esclusa dalla gara rientrando nel taglio delle ali"). Né può sostenersi che spettava alle appellanti principali medesime dimostrare, ai fini dell'interesse a ricorrere, surrogandosi alle valutazioni tecnico-discrezionali della stazione appaltante, che l'eventuale giudizio di congruità si sarebbe concluso in termini effettivamente positivi, tali da determinare l'aggiudicazione della gara.

Applicandosi de plano la versione vigente dell'art. 21, comma 1-bis, della l. 109/94, risulta chiaro, in definitiva, che negli appalti sopra-soglia, individuate le offerte anomale secondo la

procedura delineata nel primo periodo del predetto comma (e quindi in virtù dell'esclusione fittizia delle così dette ali estreme ai fini del computo aritmetico della media), tutte le offerte anomale vanno obbligatoriamente sottoposte a verifica, comprensivamente di quelle che si collocano nelle così dette ali superiori, essendo riservata, come chiarito dall'ultimo periodo del comma citato, l'esclusione automatica delle offerte (almeno cinque) sospette di anomalia ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria.

5. E del resto a tali principi si è correttamente conformata la Commissione di gara (cfr. verbale del 14 marzo 2003), la quale, però, dapprima aveva escluso l'offerta ***** per i profili che ora occorre analizzare.

Di qui la necessità per l'odierno Collegio di procedere alla disamina, nel merito, delle censure dedotte dalle attuali appellanti principali nel primo grado di giudizio, peraltro integralmente riproposte con il gravame in trattazione.

Le appellanti principali, destinate a costituirsi in ATI, sono state escluse dalla gara poiché la polizza di cauzione offerta in garanzia (equivalente all'1% dell'importo di € 5.227.727,96) riportava un capitale assicurato di € 52.273,00, invece di € 52.277,00, ovvero un minor importo, rispetto al dovuto, di soli € 4,00.

Tale discrasia non può che essere ricondotta, in effetti, ad un mero errore di trascrizione dell'importo sulla polizza, considerando anche che, come tempestivamente indicato dalla stessa ditta *****, e confermato dall'impresa di assicurazioni, l'importo del premio versato (€ 119,20) è esattamente relazionato al capitale assicurato di € 52.277,00.

Non a caso, rilevato tale errore di trascrizione, la *****, mandataria della costituenda ATI, ha fornito in data 27 febbraio 2003, prima quindi dell'apertura delle buste contenenti le offerte (fissata per il 14 marzo 2003), chiarimenti adeguatamente supportati dalla dichiarazione della compagnia assicuratrice, che attestava l'errore e precisava che il capitale assicurato era in effetti di € 52.277,00.

Il giorno successivo (28 febbraio 2003), la *****, avuta notizia dell'esclusione, ha chiesto, inoltre, di riesaminare la propria posizione e quindi di essere riammessa alla gara in argomento, allegando ulteriore dichiarazione dell'impresa assicuratrice.

Ciò nonostante, con assoluto (ed ingiustificato) formalismo, la Commissione di gara è pervenuta alla decisione di escludere le reclamanti atteso che la cauzione provvisoria prevista nel bando e nel disciplinare di gara "non è stata tratta per l'importo corretto".

Orbene, alla luce di quanto sopra riportato ed in disparte l'eventuale disparità rispetto al trattamento riservato all'*****, riammessa alla gara visto che l'irregolarità commessa aveva carattere meramente formale e non alterava la parità di condizioni tra i concorrenti, emerge, senza dubbio, che un così banale e lampante errore di trascrizione, svelatosi quando le buste delle offerte non erano state ancora aperte, non poteva comportare le conseguenze (espulsive) lamentate.

Solo un approccio ingiustificatamente formalistico, infatti, ha consentito di sottrarre alla gara imprese che, in possesso dei requisiti di partecipazione, sono incorse in un errore materiale, in occasione della tempestiva produzione dei documenti, agevolmente rilevabile dall'Ente appaltante e comunque tempestivamente segnalato dagli stessi interessati mediante formali precisazioni rese in appendice alla polizza da parte della compagnia assicuratrice (senza dunque alcuna polizza integrativa, modificativa o sostitutiva della cauzione originariamente fissata).

6. L'appello merita nei suddetti termini accoglimento ed analogo responso va riservato al ricorso presentato in prime cure dalle odierne appellanti principali, senza che possa darsi seguito però, allo stato, alla richiesta risarcitoria, in assenza della previa valutazione delle giustificazioni

relative all'offerta, sospetta di anomalia, presentata dalle stesse ricorrenti.

(...)

8. Alla stregua delle considerazioni che precedono, l'appello principale va accolto e per l'effetto, in riforma della decisione impugnata, va accolto il ricorso di primo grado ad istanza ****-Ibi, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara delle medesime, mentre entrambi gli appelli incidentali vanno dichiarati improcedibili.

Sussistono i presupposti per la compensazione tra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado n. 504/03.

Dichiara improcedibili gli appelli incidentali proposti dall'ATI ****Sarda e dall'ATI ****Ambiente.

Compensa le spese processuali dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 2 marzo 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 30 AGOSTO 2004