

Nel caso in cui l'Amministrazione voglia estendere la normativa degli appalti pubblici di lavori, anche agli appalti di forniture o di servizi, tale volontà deve trovare esplicita espressione nel bando di gara, altrimenti le norme della Merloni non possono essere estese per analogia

La cauzione provvisoria che l'impresa presentano a corredo dell'offerta, ai fini dell'ammissione, rappresenta una condizione vincolante attesa la sua funzione di garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della società e della correttezza del procedimento di gara

Il Tar Toscana, II Sezione di Firenze, con la sentenza numero 346 del 15 gennaio 2005, ci insegna che:

1. in un appalto che non sia di lavori, non possono essere applicate per analogie le norme di cui alla Legge 109/94 s.m.i. (nel caso di specie il beneficio di ridurre la polizza fideiussoria al 50% prevista dall'art. 8 comma 11 quater della Merloni, per le imprese in possesso di certificazione di qualità)
2. l'amministrazione non può, a tutela della par conditio, accettare che la cauzione provvisoria sia successivamente alla sua prima presentazione, in alcun modo, integrata con ulteriori documenti o come nella fattispecie esaminata, con l'aggiunta di un'altra cauzione ad integrazione

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA In nome del Popolo Italiano

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA TOSCANA - II^ SEZIONE -

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1982/2004 proposto dalla SOCIETA' ***** IMPIANTI E SERVIZI S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Massimo Pozzi ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Firenze, Lungarno Vespucci n. 20;

c o n t r o

-il COMUNE DI QUARRATA, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Viciconte ed elettivamente domiciliato presso lo studio di tale difensore in Firenze, V.le Matteotti n. 60;

e n e i c o n f r o n t i

-della società ***** S.R.L. quale capogruppo e rappresentante del raggruppamento composta tra essa società e la società ***** S.P.A., costitutasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Calugi ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Firenze, via Capponi n. 26;

-della SOC. ***** DINO E FIGLI S.R.L., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

-del bando di gara d'appalto, del disciplinare di gara nonchè del capitolato speciale relativi all'asta pubblica per la fornitura di combustibile e gestione, conduzione e manutenzione impianti termici edifici comunali, e della relativa determina di approvazione n. 54 del 21 luglio 2003 del Responsabile del servizio Centro acquisti, Economato e Patrimonio del Comune di Quarrata;

-del verbale relativo alle sedute della commissione di gara del 27 settembre e 1° ottobre 2003, segnatamente nella parte in cui esclude dalla gara la Società ***** Impianti e Servizi S.r.l. e comunque dell'eventuale provvedimento di esclusione della ricorrente ancorchè ignoto;

-della determinazione del Responsabile del Servizio Centro Acquisti, Economato e Patrimonio del Comune di Quarrata n. 66 del 4 ottobre 2003 con la quale è stato approvato il verbale di gara e l'aggiudicazione provvisoria della fornitura all'ATI composta da ***** S.r.l. ed ***** S.p.a.;

non che' per l'annullamento

richiesto con ricorso mediante motivi aggiunti, del provvedimento n. 77, del 29 settembre 2003, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore del raggruppamento suindicato;

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del comune e del raggruppamento controinteressato;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 20 ottobre 2004 - relatore il Consigliere Vincenzo fiorentino - gli avv.ti A. Cuccurullo in sostituzione di F.M. Pozzi, G. Vicicone e G. Calugi;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

Con determinazione n. 54, del 21 luglio 2003, il responsabile del servizio Centro Acquisti del Comune di Quarrata disponeva lo svolgimento di un pubblico incanto per l'affidamento dell'appalto di fornitura di combustibile e la gestione degli impianti di calore del territorio comunale, prevedendo un importo a base d'asta di € 187.982,71 per ogni anno, per la durata di anni otto.

Partecipavano alla gara presentando le relative offerte entro il termine previsto (26 settembre 2003) cinque ditte.

Nella seduta del 27 settembre 2003, la Commissione verificava la documentazione delle concorrenti, riservandosi di decidere in ordine all'esclusione o meno dell'Impresa ***** Impianti & Servizi avendo questa presentato una cauzione provvisoria ridotta del 50% rispetto a quella richiesta dal punto 13.1 del disciplinare di gara e prevista nel 2% dell'importo a base di gara.

In tale sede il rappresentante della suddetta impresa sosteneva la congruità della cauzione in quanto si sarebbe avvalso del beneficio di riduzione previsto dall'art. 8, comma 11 quater della L. n. 109 del 1994 e sue modificazioni per le imprese in possesso della "certificazione di qualità".

La stessa impresa, comunque, il 30 settembre 2003, integrava la cauzione con cauzione di pari importo a quello precedente.

Nella seduta del 1 ottobre 2003, la Commissione, sciogliendo la riserva, disponeva formalmente l'esclusione dell'impresa dalla procedura non concorsuale.

Nella stessa seduta l'appalto veniva provvisoriamente aggiudicato all'A.T.I. *****_*****.

Con atto notificato il 18 novembre 2003 e depositato il 21 dello stesso mese l'impresa ***** Impianti & Servizi adiva questo Tribunale chiedendo l'annullamento:

A) del bando di gara, del disciplinare e del capitolato nonché della determinazione n. 54, del 21 luglio 2003, con cui i suddetti atti erano stati approvati;

B) del verbale relativo alle sedute del 27 settembre e del 1 ottobre 2003, nelle parti in cui essa impresa era stata esclusa;

C) della determinazione n. 66, del 4 ottobre 2003, con cui era stato approvato il verbale di gara e l'aggiudicazione provvisoria all'A.T.I. ***** e *****.

A fondamento dell'impugnativa venivano dedotti i seguenti motivi:

-Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 19 del D.Lgs. 358/92; eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta, violazione dell'art. 18 del regolamento comunale per la disciplina dei contratti approvato con delibera consiliare n. 30, del 26 maggio 2003.

La stazione appaltante, dopo aver individuato nel bando il criterio di aggiudicazione "nel prezzo più basso previsto dal suindicato art. 19 del D.Lgs. 358/92", avrebbe fissato un criterio di individuazione della migliore offerta tale da non assicurare l'aggiudicazione della gara all'impresa che aveva proposto il corrispettivo minimo.

-Violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. 358/92, segnatamente degli artt. 5 e 6; eccesso di potere per contraddittorietà e perplessità; violazione dei principi di trasparenza e di buona amministrazione.

La stazione appaltante il 19 ed il 24 settembre 2003, quindi pochi giorni prima del termine di presentazione delle offerte, avrebbe modificato sostanzialmente alcune disposizioni della lex specialis.

In particolare: avrebbe stabilito che "gli impianti verranno consegnati in regola con la normativa vigente" mentre nel capitolato tale onere sarebbe stato previsto a carico dell'aggiudicatario; avrebbe specificato che "per ore contrattuali si intendono le ore di erogazione del calore a 20° prevedendo però il tempo di accensione fino al raggiungimento della temperatura prevista", mentre in precedenza non sarebbe stato previsto l'impegno del comune a corrispondere all'impresa aggiudicataria il costo di pre-accensione; avrebbe fatto riferimento alle tariffe contenute nei listini della Camera di Commercio di Pistoia alla data del 15 ottobre 2003, mentre l'art. 8 del capitolato avrebbe richiamato le tariffe in vigore al 31 maggio 1998.

-Violazione e/o falsa applicazione delle previsioni del bando di gara; violazione e/o falsa applicazione dell'art. 8, comma 11 quater lett. a) della L. 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modificazioni ed integrazioni; eccesso di potere per illogicità manifesta e perplessità.

Il provvedimento di esclusione dell'impresa ricorrente dalla gara sarebbe stato emesso disattendendo che la stessa avrebbe avuto diritto, in quanto in possesso della certificazione di qualità, a prestare una cauzione "dimezzata", ai sensi del sopraindicato art. 8, comma 11 quater, della L. 109/1994, norma questa che sarebbe applicabile anche agli appalti di fornitura, richiamando, peraltro, il disciplinare espressamente l'art. 30, comma 2 della L. n. 109/1994.

La cauzione sarebbe stata comunque integrata nell'importo del 2% posto a base di gara il 30 settembre 2003.

Comunque il calcolo dell'importo complessivo a base d'asta si sarebbe dovuto effettuare, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 358/1992, computando un periodo di quattro e non di otto anni.

Si costituiva in giudizio, con atto depositato il 24 novembre 2003 il raggruppamento costituito dalla società ***** e dalla società *****, che, con memoria depositata il 15 dicembre successivo, eccepiva, in via preliminare, l'inammissibilità della domanda diretta ad ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione non avendo la società ricorrente dimostrato che la sua offerta fosse la migliore.

Si costituiva con atto depositato il 15 dicembre 2003 anche il comune intimato deducendo che solo qualora fosse illegittimo il provvedimento di esclusione, come sostenuto dalla società ricorrente nel terzo motivo di gravame, questa avrebbe interesse a censurare lo svolgimento della gara.

Non si costituiva in giudizio la società ***** Dino e Figli s.r.l., sebbene intimata.

Con atto notificato il 23 dicembre 2003 e depositato il 2 gennaio 2004, la società ***** Impianti e Servizi impugnava mediante motivi aggiunti il provvedimento n. 77, del 29 novembre 2003, con cui il responsabile del Servizio Centro Acquisti del comune di Quarrata, disponeva l'aggiudicazione definitiva della gara a favore dell'ATI costituita tra la società ***** e la società *****, deducendone l'illegittimità in via derivata da quelle degli atti impugnati con il ricorso principale.

Nella Camera di Consiglio del 28 gennaio 2004, come da ordinanza n. 142/2003, veniva respinta la domanda cautelare proposta.

La causa passava in decisione, sulle memorie delle parti costituite, alla pubblica udienza del 20 ottobre 2004.

DIRITTO

Va, in primo luogo, esaminato il terzo motivo, di cui all'atto introduttivo, con il quale la società ricorrente deduce l'illegittimità della determinazione con cui la stazione appaltante, nella seduta del 1 ottobre 2003, l'ha esclusa formalmente dalla gara, disponendo nel contempo l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore del raggruppamento costituito dalla società ***** e dalla società *****.

Difatti, soltanto, qualora tale motivo si rilevasse fondato, sussisterebbe l'interesse della società ricorrente all'accoglimento, del primo e del secondo motivo con i quali viene censurato lo svolgimento della gara.

Del resto "la partecipazione alla gara costituisce il fatto legittimante, che radica nell'impresa concorrente l'interesse ad impugnare l'esito, potendo mettere discussione una fase o l'intero procedimento, mentre, venuto meno il titolo a partecipare, l'interesse manca e non si possono dedurre vizi relativi alla posizione dell'aggiudicatario; pertanto, ove la concorrente sia stata esclusa dalla gara, il suo interesse a sindacare lo svolgimento di essa si può riconoscere, sia con riguardo all'aggiudicazione, che con riguardo all'ammissione di altri concorrenti, ove essa ottenga una pronuncia di illegittimità. per effetto della quale la sua partecipazione doveva essere tenuta ferma" (cfr. Cons. St. V sez. 17 aprile 2002 n. 2017). Così ancora, "il soggetto legittimamente escluso da una gara non ha interesse ad impugnare l'aggiudicazione deliberata in favore di altra impresa, ancorchè illegittimamente, in quanto l'eventuale interesse alla rinnovazione della procedura va valutata con riguardo al momento dello svolgimento della procedura stessa ... con la conseguenza che l'assenza dei requisiti di partecipazione priva il concorrente legittimamente escluso dell'interesse a contestare l'aggiudicazione, non potendo trarre alcun beneficio dall'annullamento degli atti di gara" (cfr. Cons. St. VI sez. 10 ottobre 2002 n. 5442).

Ciò, premesso, con il motivo in questione, la società ricorrente, come delineato in fatto, censura il provvedimento con cui è stata esclusa dalla gara per aver prestato una cauzione ridotta del 50% rispetto all'importo previsto sia dal bando che dal disciplinare di gara, deducendone l'illegittimità sotto tre profili.

Sostiene in primo luogo, difatti, la società ricorrente che la cauzione sarebbe stata prestata nella suindicata misura, avvalendosi del beneficio previsto dall'art. 8, comma 11 quater della L. 11 febbraio 1994 n. 109 e sue modificazioni ed integrazioni, per le imprese in possesso della certificazione di qualità; normativa questa applicabile, sempre secondo la prospettazione della società ricorrente, anche agli appalti di forniture, facendo infine presente che, comunque il disciplinare di gara richiamava espressamente l'art. 30, comma 2°, lett. n della stessa legge.

L'assunto è privo di pregio.

La giurisprudenza si è, infatti, espressa nel senso che in materia di cauzione provvisoria nell'appalto di servizi non è applicabile la normativa dettata per le gare di appalto dei lavori pubblici dall'art. 30 della L. 11 febbraio 1994 n. 109, il quale non è suscettibile di estensione analogica (cfr. Cons. St. V sez. 21 gennaio 2002 n. 350 e TAR Lombardia Milano, sez. III 14 novembre 2000 n. 6377); e ciò non può che non valere anche con riferimento al beneficio di ridurre la polizza fideiussoria al 50% prevista dall'art. 8 comma 11 quater, per le imprese in possesso di certificazione di qualità, regolamentando tali articoli lo stesso istituto.

Peraltro il disciplinare di gara al punto 3.1 (cauzione provvisoria) disponeva espressamente che "Per partecipare alla gara l'impresa è obbligata a costituire una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo a base d'asta".

Trattavasi, quindi, di prescrizione da adempiere a pena di esclusione senza possibilità da parte della stazione appaltante di alcun margine di discrezionalità.

Con il secondo profilo di illegittimità dedotto con il motivo in esame la società ricorrente sostiene che la stazione appaltante non avrebbe potuto comunque disporre l'esclusione in quanto il 30 settembre 2003 era stato integrato l'importo della cauzione.

Anche tale assunto va disatteso.

Costituendo, come già delineato la cauzione provvisoria che l'impresa dovevano presentare a corredo dell'offerta, ai fini dell'ammissione, una condizione vincolante attesa la sua funzione di garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della società e della correttezza del procedimento di gara, correttamente la stazione appaltante ha negato la possibilità di produrre in via integrativa e oltre i termini prescritti dal bando (26 settembre 2003) la cauzione provvisoria del 2%.

E', infine, infondato anche l'ulteriore profilo di illegittimità dedotto con il motivo in esame, basato sull'assunto che il calcolo dell'importo complessivo a base d'asta avrebbe dovuto essere rapportato, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. 24 luglio 1992 n. 358, a quarantotto mesi e non ad otto anni, per cui la cauzione prestata dalla società ricorrente fin dall'inizio sarebbe stata corrispondente al 2% di detto importo.

Il suindicato articolo non può, difatti, applicarsi alla fattispecie in quanto prevede (alla lett. b) che "nell'ipotesi di contratti dei quali si appalesi indeterminata la durata o nei casi in cui sussistono dubbi sulla durata medesima, si considera il valore mensile moltiplicato per 48;" laddove il bando di gara fissava espressamente in otto anni la durata della fornitura del servizio oggetto dell'appalto.

L'infondatezza dell'esaminato motivo, con la conseguente legittimità del provvedimento di esclusione, rende inammissibili per carenza di interesse sia i primi due motivi dedotti con l'atto introduttivo di giudizio, che l'impugnativa, mediante motivi aggiunti dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore del raggruppamento controinteressato disposta dalla stazione appaltante.

La pretesa azionata va, quindi, in parte respinta ed in parte dichiarata inammissibile.

Le spese ed onorari di causa vengono liquidati come in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione IIa, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge in parte ed in parte lo dichiara inammissibile;

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio liquidati in complessivi € 4.000 oltre accessori di legge, in favore del comune e della parte controinteressata.

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

Così deciso in Firenze, il 20 ottobre 2004, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 31 GENNAIO 2005