

Se prevista dalla Legge, anche se non espressamente richiesta dal bando, la cauzione provvisoria è una delle *conditio sine qua non* per partecipare ad una gara: vige l'obbligo in capo ad ogni offerente di conoscere la normativa che regola le procedure ad evidenza pubblica; attenzione quindi al decreto legislativo 163/2006 che, dal 1 luglio 2006, impone tale obbligo anche agli appalti di servizi e forniture

Il Tar Puglia, Sezione II di Lecce, con la sentenza numero 3321 dell' 8 giugno 2006 ci insegna che:

<La necessità di tale adempimento discende quindi direttamente da una disposizione di legge inderogabile: l'art 10 L. 109/94 ha esteso infatti l'obbligo di presentare la cauzione provvisoria a tutti i partecipanti, il che ha comportato un mutamento nella funzione che non è più di garanzia della stipula del contratto, ma della serietà e dell'affidabilità dell'offerta. Pertanto la sanzione dell'incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell'obbligo di diligenza e dell'esatta e veritiera produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte

Proprio perché risponde ad uno specifico interesse della stazione appaltante, la norma ha natura cogente, con la conseguenza che è dovuta in ogni caso anche se il bando non la prescrive espressamente, atteso che le norme cogenti hanno carattere integrativo delle disposizioni del bando e del disciplinare>

Due osservazioni sorgono spontanea relativamente al Codice dei Contratti:

1. la provvisoria viene richiesta obbligatoriamente per tutti gli appalti;
2. è stata ripristinata, attraverso l'articolo 48, la norma di cui all'articolo 10 comma 1 quater (a cui l'emarginata sentenza si riferisce) e quindi il sorteggio per la dimostrazione dei requisiti di ordine speciale dovrà essere fatto anche per gli appalti di servizi e forniture (anzi soprattutto visto che per quanto riguarda i lavori, tale obbligo c'è soltanto per importi sotto il 150.000 euro)

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA
LECCE - SECONDA SEZIONE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Visto il ricorso 447/2006 proposto da:

*** SRL

contro

COMUNE DI CEGLIE MESSAPICA

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

della determinazione del Responsabile del Servizio Assetto del Territorio Ambiente LLPP n. 206 del 27.12.2005 reg. sett. e n. 756 del 30.12.2005 reg. gen. del Comune di Ceglie Messapica, pubblicata in data 20.1.2006, relativa alla approvazione di gara lavori di recinzione al Palazzetto dello Sport;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dal ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

COMUNE DI CEGLIE MESSAPICA

Udito nella Camera di Consiglio del 12 aprile 2006 il relatore Ref. SILVANA BINI e uditi l'Avv. Leo, in sostituzione dell'Avv. Larocca per la società ricorrente, e l'Avv. Fanizza per l'Amministrazione Comunale resistente;

Considerato che nel ricorso sono dedotti i seguenti motivi:

Violazione dell'art. 30 l. 11.2.1994 n. 109 e succ. mod.;
Eccesso di potere per sviamento, manifesta illogicità e disparità di trattamento;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

I lavori di recinzione oggetto della gara bandita dal Comune di Ceglie Messapica sono stati aggiudicati alla ditta Vitale Mario, che ha partecipato alla gara senza prestare la cauzione provvisoria;

Il ricorrente eccepisce la illegittimità della aggiudicazione, sull'assunto della inderogabilità delle disposizioni che prevedono la cauzione provvisoria.

Va rilevato che il bando di gara, pur non indicando espressamente la cauzione provvisoria nell'elenco dei documenti da allegare, tuttavia prescrive, nel titolo IV – Modalità di partecipazione alla gara e documenti da produrre – che i soggetti che intendono partecipare all'asta pubblica, “devono far pervenire un plico sigillato con ceralacca e controfirmato sui lembi di chiusura, contenente la busta dell'offerta, oltre ai documenti più avanti indicati.”

Sempre nel titolo IV, al punto 2), documentazione da presentare per la partecipazione alla gara, rispetto alla offerta, viene prescritto che “l’offerta e la lista delle categorie di lavori devono essere chiusi in apposita busta sigillata con ceralacca, controfirmata sui lembi di chiusura. In questa busta non devono essere inseriti altri documenti e neppure la cauzione provvisoria”.

Il partecipante doveva quindi predisporre due buste, una prima busta principale, contenente i documenti richiesti, in cui inserire poi la seconda busta dell’offerta.

Il bando prescrive solo che la cauzione provvisoria non venga inserita nella busta dell’offerta, ma non esclude l’obbligo di presentare la stessa.

La necessità di tale adempimento discende quindi direttamente da una disposizione di legge inderogabile: l’art 10 L. 109/94 ha esteso infatti l’obbligo di presentare la cauzione provvisoria a tutti i partecipanti, il che ha comportato un mutamento nella funzione che non è più di garanzia della stipula del contratto, ma della serietà e dell’affidabilità dell’offerta. Pertanto la sanzione dell’incameramento della cauzione provvisoria è correlata alla violazione dell’obbligo di diligenza e dell’esatta e veritiera produzione documentale nelle trattative precontrattuali, che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione e di presentazione delle offerte (Cons. Stato sez. IV 7.6.2005 n. 2933).

Proprio perché risponde ad uno specifico interesse della stazione appaltante, la norma ha natura cogente, con la conseguenza che è dovuta in ogni caso anche se il bando non la prescrive espressamente, atteso che le norme cogenti hanno carattere integrativo delle disposizioni del bando e del disciplinare (TAR Sicilia, Catania sez. IV 20.10.2005 n. 1778).

Rispetto al caso in esame va altresì considerato che nella parte finale del titolo VI il bando prevede che nel caso in cui l’impresa non ottemperi alla costituzione della garanzia fidejussoria definitiva o alla sottoscrizione del contratto, “viene attivata la procedura prevista dall’art 30 della legge 109/94 ed incamerata la cauzione provvisoria dandone comunicazione all’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici”.

Sulla base quindi di una interpretazione logico- sistematica e letterale del bando pubblico, nonché in considerazione della funzione attribuita dalla legge quadro alla cauzione provvisoria – normativa che ogni partecipante alla gara è tenuto a conoscere – la presentazione della cauzione provvisoria era una condizione inderogabile per la partecipazione alla gara de qua.

Per tali ragioni il ricorso deve trovare accoglimento, con la compensazione delle spese di giudizio tra le parti, sussistendone giuste ragioni.

Sentiti i difensori in ordine alla definizione nel merito del giudizio, ai sensi degli artt. 3 e 9 della Legge n. 205 del 2000;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce accoglie il ricorso indicato in epigrafe

Così deciso in Lecce, nella Camera di Consiglio del 12 aprile 2006

Pubblicata mediante deposito in Segreteria l'8.06.06

N.R.G. «RegGen»