

Attenzione ad indicare esattamente l'importo della cauzione provvisoria: determinare infatti solo la percentuale da riferire al prezzo a base d'asta può generare confusione e creare errori di calcolo, meglio quindi "imporre" direttamente l'esatta cifra che deve essere garantita.

Il Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 369 del 21 marzo 2003, ci offre il seguente importante insegnamento:

< La cauzione provvisoria della ricorrente principale è costituita da assegno circolare che reca un importo inferiore, per soli 20 centesimi di euro, rispetto a quello richiesto dal bando di gara.

Si tratta in effetti di un mero errore materiale che non è in grado di influire sulla par condicio in quanto le finalità proprie della cauzione provvisoria, che appaiono principalmente quelle di garantire la serietà della partecipazione alla gara e delle relative offerte, sono ampiamente soddisfatte dalla cauzione provvisoria depositata, non potendosi inferire da una difformità così insignificante la mancanza di serietà nell'offerta.

Tanto più che, come esaurientemente dedotto dalla stessa ricorrente principale la difformità che ha causato l'esclusione è dovuta ad errore scusabile dovuto alla circostanza che l'importo della cauzione non era stato indicato precisamente nel suo esatto ammontare ma doveva essere determinato con riferimento al prezzo a base d'asta.

Ciò evidentemente ha potuto ingenerare confusione dalla quale è scaturito un più che comprensibile e giustificabile errore di calcolo, che tuttavia non inficia l'efficacia sostanziale della cauzione depositata dalla ricorrente principale. >

Ma l'emarginata sentenza risulta interessante anche per l'altra fattispecie in essa discussa:

<Fondato è invece il secondo motivo del ricorso incidentale. La ricorrente principale, infatti, ha omesso di presentare l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva da parte del fideiussore. Tale formalità è richiesta a pena d'esclusione dall'art. 8 lett. I) del bando di gara. Conseguente che in presenza di una così chiara ed univoca previsione del bando la ricorrente principale doveva essere esclusa; onde va accolto il ricorso incidentale>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione II, ha pronunciato la seguente

ANNO 2002

SENTENZA

sul ricorso n. 3715/02, Sezione II, proposto dalla Coop. Soc. L'\*\*\*, in persona del legale rappr.te p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Ignazio e Anna Maria Montalbano, presso il cui studio in Palermo, via Catania n. 25, è elettivamente domiciliato

CONTRO

- il Comune di Niscredi, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito;

e nei confronti

- della Soc. Coop. \*\*\*, controinteressata e ricorrente incidentale, in persona del legale rappr.te p.t., rappresentata e difesa dagli Avv. ti Rosario Campione e Massimo Ingarao, elettivamente domiciliata in Palermo, Via G. Di Marzo n. 11, presso lo studio dell'Avv. Rosario Cali;

#### PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di gara del 27 agosto 2002;

- della determinazione n. 94 Aff. Soc. del 23.9.2002 reg. gen. 1644 n. 26.9.2002.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e ricorso incidentale della controinteressata Cooperativa Sociale \*\*\*,

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente a sostegno delle proprie difese;

Vista l'ordinanza n. 1393/02 e l'ordinanza del C.G.A. n. 901/02;

Visti gli atti tutti di causa;

Designato relatore il referendario Luca MORBELLI;

Udito alla pubblica udienza del 16 gennaio 2003 l'Avv. Ignazio Montalbano per la ricorrente e l'Avv. Massimo Ingarao per la controinteressata ricorrente incidentale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

#### FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato la cooperativa sociale "L'\*\*\*" impugnava gli atti in epigrafe indicati.

La ricorrente ha partecipato al pubblico incanto, bandito dal Comune di Niscemi, per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare agli anziani da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso e con importo a base d'asta di €. 49.660,00 oltre a IVA, venendone tuttavia esclusa, come specificato dal verbale di gara, "in quanto l'importo della polizza fideiussoria è insufficiente".

Avverso tale esclusione insorgeva la cooperativa sociale "L'\*\*\*" la quale, avendo presentato un'offerta con un ribasso percentuale del 35%, in difetto della lamentata esclusione sarebbe rimasta aggiudicataria della gara.

Il ricorso è affidato ad unico articolato motivo con cui viene dedotta violazione e falsa applicazione dell'art. 6 lett.b) l. 241/1990, dell'art. 1 comma 5 D.M. 28.2.1992 n. 303, dell'art. 16 d.lgs. 17.3.1995 n.157, dell'art 1430 codice civile, eccesso di potere per illogicità manifesta, eccesso di potere per ingiustizia manifesta, violazione e falsa applicazione del bando di gara. In sintesi la ricorrente deduceva di essere stata esclusa in quanto l'importo dell'assegno circolare presentato in luogo della polizza fideiussoria era inferiore all'importo stabilito dal bando di gara per soli venti centesimi di euro, euro 993,00 in luogo dell'importo richiesto di euro 993,20. Tale discordanza costituirebbe mera irregolarità formale rettificabile ai sensi dell'art. 6 lett. B l. 241/1990 e dell'art. 16 d.lgs. 157/1995, non risolvendosi in un vulnus alla par condicio né in una modificazione del contenuto della documentazione presentata. Sotto altro profilo l'errore di calcolo in cui sarebbe incorsa la ricorrente, come non sarebbe in grado di dare luogo all'annullamento del contratto, ma a mera rettifica dello stesso ai sensi dell'art. 1430 codice

civile, così non potrebbe condurre all'esclusione dalla gara. Infine la ricorrente lamenta la violazione del bando di gara che prescrive l'esclusione dalla gara solo nel caso in cui manchi o risulti incompleto o irregolare alcuno dei documenti richiesti che incidono in via mediata o diretta sulla par condicio.

Alla camera di consiglio del 3 ottobre 2002 con ordinanza n.1264/02 respingeva l'istanza incidentale di sospensione del provvedimento impugnato. Tale ordinanza veniva peraltro riformata dal C.G.A con ordinanza in data 20 novembre 2002 n. 901, ai soli effetti della fissazione, ai sensi dell'art. 23 – bis, comma 3 l. 1034/1971, dell'udienza di discussione del merito del ricorso.

Si costituiva in giudizio la controinteressata Cooperativa sociale \*\*\* depositando memoria con cui chiedeva la reiezione del ricorso siccome infondato. La stessa, inoltre, con ricorso incidentale ritualmente notificato e depositato, deduceva l'illegittimità della cauzione provvisoria prodotta dalla ricorrente principale la quale in luogo di produrre fideiussione bancaria o assicurativa si limitava alla semplice dazione di un assegno bancario. La ricorrente incidentale, deduceva inoltre l'omessa produzione da parte della Cooperativa Sociale l'\*\*\* dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva in violazione dell'art. 8 lrt. I del bando di gara che sanziona tale previsione con l'esclusione.

Con memoria in vista dell'udienza la ricorrente principale ha eccepito l'irricevibilità, oltre all'infondatezza nel merito, del ricorso incidentale, ed ha ribadito le proprie domande.

All'udienza del 16 gennaio 2003 uditi l'Avv. Ignazio Montalbano per la ricorrente e l'Avv. Rosario Campione per la controinteressata ricorrente incidentale il ricorso veniva posto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso principale è fondato ma per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, fondato e meritevole di accoglimento, deve essere dichiarato improcedibile.

La cauzione provvisoria della ricorrente principale è costituita da assegno circolare che reca un importo inferiore, per soli 20 centesimi di euro, rispetto a quello richiesto dal bando di gara. Si tratta in effetti di un mero errore materiale che non è in grado di influire sulla par condicio in quanto le finalità proprie della cauzione provvisoria, che appaiono principalmente quelle di garantire la serietà della partecipazione alla gara e delle relative offerte, sono ampiamente soddisfatte dalla cauzione provvisoria depositata, non potendosi inferire da una difformità così insignificante la mancanza di serietà nell'offerta. Tanto più che, come esaurientemente dedotto dalla stessa ricorrente principale la difformità che ha causato l'esclusione è dovuta ad errore scusabile dovuto alla circostanza che l'importo della cauzione non era stato indicato precisamente nel suo esatto ammontare ma doveva essere determinato con riferimento al prezzo a base d'asta. Ciò evidentemente ha potuto ingenerare confusione dalla quale è scaturito un più che comprensibile e giustificabile errore di calcolo, che tuttavia non inficia l'efficacia sostanziale della cauzione depositata dalla ricorrente principale. In senso conforme si è espressa la giurisprudenza che ha ritenuto che l'irregolarità formale non in grado di incidere sulla par condicio non possa costituire causa di esclusione dalla gara (C.S., V, 15.5.2001 n. 2711)

Ritenuta la fondatezza del ricorso principale occorre esaminare il ricorso incidentale.

In primo luogo deve essere respinta l'eccezione di tardività di quest'ultimo, sollevata dalla ricorrente principale con la memoria conclusiva. Il ricorso incidentale è stato infatti notificato (il 27 novembre 2002) entro il termine di 45 giorni dalla notifica del ricorso principale. Considerato che, secondo la giurisprudenza prevalente, la dimidiazione dei termini di cui all'art 23 – bis comma 2 l. 1034/1971 è limitata ai termini per il deposito del ricorso e non si estende a quelli per proporre ricorso incidentale il ricorso incidentale spiegato dalla Cooperativa \*\*\* deve ritenersi tempestivo.

Esso si articola su due censure, di cui la prima è sicuramente infondata. Invero la mancata stipula della fideiussione bancaria o assicurativa è ampiamente compensata dalla materiale dazione di assegno circolare. Ed anzi la modalità scelta dalla ricorrente principale appare non solo fungibile ma addirittura maggiormente sicura per l'amministrazione che acquista in sostanza la materiale disponibilità della somma di denaro portata dall'assegno.

Fondato è invece il secondo motivo del ricorso incidentale. La ricorrente principale, infatti, ha omesso di presentare l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva da parte del fideiussore. Tale formalità è richiesta a pena d'esclusione dall'art. 8 lett. I) del bando di gara. Conseguente che in presenza di una così chiara ed univoca previsione del bando la ricorrente principale doveva essere esclusa; onde va accolto il ricorso incidentale.

L'accoglimento del ricorso incidentale determina l'improcedibilità del ricorso principale.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto dichiara improcedibile il ricorso principale in epigrafe .-----

Spese compensate.-----

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 16 gennaio 2003, con l'intervento dei signori magistrati :-----

Calogero Adamo, Presidente

Filippo Giamportone, consigliere

Luca Morbelli, referendario, estensore.

Presidente\_\_\_\_\_

Estensore\_\_\_\_\_

Segretario\_\_\_\_\_

Depositata in Segreteria addì 21.3.2003

Il Segretario A. Nalbone