

Cauzione provvisoria inferiore a 180 giorni

La durata è un requisito di ammissibilità alla procedura concorsuale

Il Tar per il Veneto, Sezione di Venezia, con sentenza numero 1325 del 13 aprile 2002, si è espresso in tema di esclusione della parte ricorrente alla gara per l'aggiudicazione della progettazione definitiva ed esecutiva direzione lavori e coordinamento per la sicurezza dei lavori di recupero e adeguamento sismico di un ponte a causa della minor durata, rispetto ai 180 giorni previsti, della polizza provvisoria.

Il ricorso è basato sulle seguenti motivazioni:

- non viene negata la sopradescritta circostanza di fatto, ma viene richiesto di ricondurla ad un mero “errore materiale” e “scusabile”;
- la mera circostanza dell'avvenuta stipulazione e produzione della polizza risulterebbe, *ex se*, sufficiente ai fini della partecipazione alla gara, posto che consterebbe comunque documentata un'accettazione del contratto da parte dell'Assicurazione, nonché la volontà di quest'ultima di darvi copertura, ed essendo “la durata (della copertura medesima) un fatto nominalistico e materiale che non muta il profilo economico della polizza”;
- sussiste nella specie un onere dell'amministrazione radicalmente contrario, nel suo contenuto, alla determinazione di escludere, in via virtualmente automatica, la ricorrente dalla gara, e che avrebbe dovuto sostanziarsi in “una attività di carattere interpretativo” tale da accertare, preliminarmente, se la polizza in questione risultava – comunque – sufficiente ai fini della partecipazione alla gara, ovvero – in caso contrario – tale da consentirne l'integrazione;
- il responsabile del procedimento era comunque tenuto, a sensi degli artt. 6, lett. b), e 7 della l. 241 del 1990, ad aprire un'istruttoria invitando a produrre chiarimenti e/o integrazioni;
- il provvedimento di esclusione manca di motivazione in quanto, da un lato, non evidenzerebbe la ragione per la quale la copertura assicurativa per un periodo dichiaratamente inferiore rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis* della gara viene ritenuta essenziale ai fini dell'esclusione dalla gara sotto il profilo del pubblico interesse e, dall'altro, non recherebbe la considerazione della sostanziale validità della polizza in questione e della circostanza che il premio assicurativo pagato dalla ricorrente si riferirebbe, comunque, ad una copertura per l'intero anno e – quindi – ben oltre il periodo di 180 giorni fissato dalla medesima *lex specialis*.

I giudici veneti non accettano alcuna di queste motivazioni e rigettano il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni:

- le integrazioni non sono estensibili agli “elementi essenziali della domanda, rispetto ai quali devono essere rispettati i principi della *par condicio* e dell'osservanza dei tempi procedurali previsti dalla legge”
- la durata della cauzione provvisoria è un imprescindibile elemento della stessa offerta presentata dai concorrenti e come tale sostanzia *ex se* un requisito di ammissibilità alla procedura concorsuale.
- il principio generale dell'integrabilità della documentazione diviene per necessità recessivo non solo rispetto allo *ius singulare* della gara, ma anche – e soprattutto – rispetto agli imprescindibili e parimenti generali principi di imparzialità e di economicità dell'azione amministrativa e di parità di trattamento tra tutti i partecipanti ai procedimenti ed evidenza pubblica.

Inoltre, aggiunge il giudice amministrativo, non è ammissibile l'accettazione da parte della Stazione appaltante di una polizza di per sé non coerente con il dettato legislativo ma solamente rappresentativa dell'avvenuta stipulazione di un contratto assicurativo civilisticamente valido *inter partes* né tanto meno debba considerarsi vigente l'obbligo da parte della pa, di innescare procedimenti induttivi volti a far rinnovare la validità dell'atto stesso in ragione solamente del premio assicurativo corrisposto.

Si segnalano le seguenti sentenze da cui si desume un diverso parere rispetto all'emarginata decisione:

la sentenza numero 1023 del 16 maggio 2001 del Tar per la Sicilia, sezione di Catania;
la sentenza numero 388 del 1 marzo 2001 del Tar per la Sicilia, Sez. II^;;
la sentenza numero 4051 del 2001 del Tar Lazio;
la decisione numero 5194 dell' 1 ottobre 2001 del Consiglio di Stato;
la decisione numero 2645 del 14 maggio 2001 del Consiglio di Stato;
la decisione numero 5403 del 12 ottobre 2001 del Consiglio di Stato;

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, con l'intervento dei signori magistrati

SENTENZA

sul ricorso n. 790/2002 proposto da RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO ****

contro

il COMUNE DI BELLUNO in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Pier Vettor Grimani, con elezione di domicilio presso lo studio dello stesso in Venezia, S. Croce 466/g;

e nei confronti

di *****

per l'annullamento

del provvedimento di determinazione n. 108 in data 18.2.2002, con il quale è stata disposta l'esclusione della parte ricorrente alla gara per l'aggiudicazione della progettazione definitiva ed esecutiva direzione lavori e coordinamento per la sicurezza dei lavori di recupero e adeguamento sismico del Ponte degli Alpini di Belluno; dei verbali di gara e del provvedimento di approvazione degli stessi; nonché per la condanna al risarcimento dei danni;

Visto il ricorso, notificato il 22.3.2002 e depositato presso la Segreteria il 4.4.2002, con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Belluno;

visti gli atti tutti di causa;

uditi all'udienza camerale del 10 aprile 2002 (relatore il Consigliere Fulvio Rocco), l'avv. Leardini, in sostituzione dell'avv. Perulli, per la parte ricorrente e l'avv. Pacifici, in sostituzione dell'avv. Grimani, per il Comune resistente;

considerato

che, per il combinato disposto dell'art. 23, XI comma, e dell' art. 26, IV e V comma, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio, verificato che non v'è necessità di procedere ad adempimenti istruttori e sentite sul punto le parti presenti, può definire il giudizio con sentenza succintamente motivata;

che, nel corso dell'udienza camerale fissata nel giudizio in epigrafe, il Collegio ha comunicato alle parti presenti come, all'esito, avrebbe potuto essere emessa decisione in forma semplificata, e queste non hanno espresso rilievi o riserve;

che sussistono i presupposti per pronunciare tale sentenza nella presente controversia;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

il ricorrente raggruppamento temporaneo *****, è stato escluso per effetto del provvedimento impugnato dal procedimento di scelta del soggetto incaricato a redigere la progettazione definitiva ed esecutiva per i lavori di recupero e adeguamento sismico del Ponte degli Alpini in Belluno, *"in quanto la cauzione presentata... nella modalità di polizza fideiussoria... (nel caso di specie: polizza n. **** rilasciata dalla ***** spa, Agenzia di *****) non copre l'intero periodo indicato a pag. 5, punto c) cauzione provvisoria del "disciplinare di gara"; periodo che deve essere pari a 180 giorni dalla presentazione dell'offerta (si legge, infatti, al comma 3 del suddetto punto c)..."*Nel caso di costituzione della cauzione mediante, fideiussione bancaria o rilasciata da

intermediari finanziari o polizza fideiussoria assicurativa, essa dovrà avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta..."). Infatti, la validità (rectius, gli effetti) della cauzione provvisoria presentata dal richiedente decorre dalle ore 24,00 del 29 gennaio 2002 con scadenza alle ore 24,00 del 30 aprile 2002 per un periodo, quindi, chiaramente inferiore a 180 giorni" (cfr. processo verbale dd. 31 gennaio 2001 dalla Commissione giudicatrice della gara, doc. 2 di parte ricorrente, allegato).

La parte ricorrente non nega la sopradescritta circostanza di fatto, riconducendola peraltro (anche sulla scorta di una dichiarazione resa al riguardo dall'anzidetta Agenzia delle ***** spa, cfr. doc. 4 di parte ricorrente, allegato) ad un mero "errore materiale" e "scusabile" (cfr. pag. 5 dell'atto introduttivo del giudizio), e chiede l'annullamento del provvedimento impugnato deducendo al riguardo l'avvenuta violazione della l. 11 febbraio 1994 n. 109 e successive modifiche ed integrazioni, l'avvenuta violazione del bando di gara, eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità manifesta e violazione dell'art. 6 della l. 7 agosto 1990 n. 241.

Secondo la prospettazione della medesima parte, la mera circostanza dell'avvenuta stipulazione e produzione della polizza risulterebbe, *ex se*, sufficiente ai fini della partecipazione alla gara, posto che consterebbe comunque documentata un'accettazione del contratto da parte dell'Assicurazione, nonché la volontà di quest'ultima di darvi copertura, ed essendo "la durata (della copertura medesima) un fatto nominalistico e materiale che non muta il profilo economico della polizza" (*sic!* cfr. pag. 4 dell'atto introduttivo del giudizio).

Sempre secondo la ricorrente, sussisteva nella specie un onere dell'amministrazione radicalmente contrario, nel suo contenuto, alla determinazione di escludere, in via virtualmente automatica, la ricorrente dalla gara, e che avrebbe dovuto sostanziarsi in "una attività di carattere interpretativo" (cfr. *ibidem*, pag. 8), tale da accertare, preliminarmente, se la polizza in questione risultava – comunque – sufficiente ai fini della partecipazione alla gara, ovvero – in caso contrario – tale da consentirne l'integrazione.

Con un secondo ordine di censure la parte ricorrente afferma che, nella specie, il responsabile del procedimento era comunque tenuto, a sensi degli artt. 6, lett. b), e 7 della l. 241 del 1990, ad aprire un'istruttoria invitando a produrre chiarimenti e, se del caso, integrazioni: e ciò nell'accertata assenza nella *lex specialis* della gara di clausole espresse di esclusione al riguardo.

Da ultimo, sempre secondo la prospettazione della parte ricorrente, il provvedimento impugnato risulterebbe carente nella motivazione in quanto, da un lato, non evidenzierebbe la ragione per la quale la copertura assicurativa per un periodo dichiaratamente inferiore rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis* della gara viene ritenuta essenziale ai fini dell'esclusione dalla gara sotto il profilo del pubblico interesse e, dall'altro, non recherebbe la considerazione della sostanziale validità della polizza in questione e della circostanza che il premio assicurativo pagato dalla ricorrente si riferirebbe, comunque, ad una copertura per l'intero anno e – quindi – ben oltre il periodo di 180 giorni fissato dalla medesima *lex specialis*.

Il Collegio, per parte propria, ritiene gli argomenti descritti palesemente infondati.

Va in primo luogo rilevato che la censura di mancata applicazione degli artt. 6, lett. b) e 7 della l. 241 del 1990 non è accoglibile, in quanto dalla decisione di Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2001 n. 4534 – citata dalla stessa parte ricorrente a sostegno della propria tesi – emerge che l'Amministrazione, nell'ipotesi di documentazione incompleta o erronea presentata dalla parte privata può invero –nell'ambito dei propri poteri discrezionali contemplati dalle testè citate disposizioni legislative – invitare la parte stessa a provvedere alle eventuali integrazioni: ma ciò – sempre secondo tale decisione –non può estendersi agli "elementi essenziali della domanda, rispetto ai quali devono essere rispettati i principi della *par condicio* e dell'osservanza dei tempi procedurali previsti dalla legge" (cfr. *in*).

Orbene, risulta con tutta evidenza che la prescrizione sul contenuto e sulla durata della cauzione provvisoria, contenuta nella *lex specialis* della gara (cfr. art. 11 del bando, nonché gli artt. 5, lett. c) e 6 del disciplinare di gara), anche a prescindere dalla stessa circostanza che l'art. 5 del disciplinare di gara contempla nella specie l'esclusione dal procedimento dei concorrenti "per i quali manchi o risulti incompleta o irregolare la documentazione richiesta", sostanzia *ex se* un requisito di ammissibilità alla procedura concorsuale, o, per meglio dire ancora, un imprescindibile elemento della stessa offerta presentata dai concorrenti.

Nel caso di specie, pertanto, il principio generale dell'integrabilità della documentazione (cfr. art. 29, primo comma, l. 241 cit.) diviene per necessità recessivo non solo rispetto allo *ius singulare* della gara, ma anche – e soprattutto – rispetto agli imprescindibili e parimenti generali principi di imparzialità e di economicità dell'azione amministrativa e di parità di trattamento tra tutti i partecipanti ai procedimenti ed evidenza pubblica (cfr. artt. 97 e 3 Cost.).

Le considerazioni testè esposte risultano assorbenti ai fini della reiezione del ricorso.

Può, peraltro, aggiungersi che risulta alquanto paradossale la tesi di parte ricorrente secondo la quale l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto accettare un documento ai fini della partecipazione alla gara, quale quello prodotto, soltanto perché intrinsecamente rappresentativo dell'avvenuta stipulazione di un contratto assicurativo civilisticamente valido *inter partes*: e ciò – si badi – a prescindere dalla stessa, essenziale prescrizione del bando imposta da puntuali disposizioni legislative e regolamentari (cfr. art. 30 della L. 109 del 1994 e succ. modd. e intt., nonché l'art. 100 e ss. Del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554) dettate a tutela del pubblico interesse, ed in alcun modo inderogabile.

Né si vede la ragione per la quale la medesima amministrazione avrebbe dovuto, a fronte di un atto all'evidenza difforme dalla *lex specialis*, innescare procedimenti induttivi volti a rinnovare (o meglio, far rinnovare) la validità dell'atto stesso in ragione del premio assicurativo corrisposto (tra l'altro, non già dal raggruppamento qui ricorrente o dal suo capogruppo, ma da altro professionista membro del raggruppamento medesimo).

Da ultimo, risulta manifestamente infondata la censura di difetto di motivazione, in quanto incentrata su argomenti comunque derivati dalla censure precedentemente respinte, e in ogni caso smentite dalle stesse enunciazioni contenute nel provvedimento impugnato, puntualmente coerenti rispetto a quanto richiesto dall'art. 3 della l. 241 del 1990.

3. Va provveduto sulle spese di giudizio come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di causa a favore del Comune di Belluno, liquidandole in €. 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio addì 10 aprile 2002.