

La polizza fideiussoria, non costituisce un semplice documento, né una dichiarazione di scienza, bensì una dichiarazione di volontà con la quale il fideiussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro predeterminata.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio, in tema di impossibilità di integrare una polizza provvisoria errata nell'importo, espresso dal Tar Lombardia, Brescia con la sentenza numero 180 del 5 marzo 2007

Deve in primo luogo osservarsi che l'esatta determinazione dell'importo della cauzione era ricavabile, sulla base di semplici operazioni matematiche, dai dati forniti dalla lex specialis, ove veniva precisato che il contratto avrebbe avuto la durata di quattro anni, che il numero dei pasti era di 39.300 annui, di cui 34.100 per bambini, 1.040 per docenti e 4.160 per anziani o disabili e veniva precisato, per ciascuna tipologia di pasto, l'importo a base d'asta, fissato in 3,40 euro per la refezione scolastica, 3,50 euro per i docenti, ed euro 3,50 per anziani o disabili.

Pertanto, contrariamente a quanto affermato dalla commissione di gara e dalle difese del Comune, la corretta determinazione del valore del due per cento dell'importo complessivo dell'appalto rientrava nella diligenza esigibile da ciascuno dei concorrenti.

In secondo luogo, osserva il Collegio che è vero che la norma invocata, l'art. 16, del Dlgs. 17 marzo 1995 n. 157, nel disporre che le amministrazioni invitino, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalto di servizi a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, ha codificato un modo di procedere volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Tuttavia tale facoltà di integrazione, si riferisce esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica mentre non è possibile integrare, rettificare o precisare e, sostanzialmente, cambiare, gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta.

La polizza fideiussoria, non costituisce un semplice documento, né una dichiarazione di scienza, bensì una dichiarazione di volontà con la quale il fideiussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro predeterminata.

Pertanto, poiché la costituzione di una garanzia di importo insufficiente, non costituisce una mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale, ammettendo la controinteressata alla presentazione di una nuova cauzione, l'Amministrazione ha illegittimamente violato la par condicio tra i concorrenti.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1219 del 2006 proposto da:

*. SISTEMI ITALIANI RISTORAZIONE SRL

rappresentata e difesa dagli Avv.ti G. Carlo Ravasio e Gaetano Milana, ed elettivamente domiciliata in Brescia, via Vittorio Emanuele II n. 99, presso quest'ultimo;

contro

il COMUNE DI CHIUDUNO

rappresentato e difeso dagli Avv.ti Paolo De Gaspari e Giuliana Ruggeri ed elettivamente domiciliato in Brescia, via Solferino n. 26, presso quest'ultima;

e nei confronti di

** SERVICE SRL

non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento 4 settembre 2006 n. 54, di affidamento dell'appalto per il servizio di refezione scolastica e pasti per anziani alla controinteressata ed atti connessi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Chiuduno;

Vista l'ordinanza della Sezione n. 1547 del 24 ottobre 2006;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato quale relatore, alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2007, il dott. Stefano Mielli;

Uditi i difensori delle parti;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

In data 12 luglio 2006 il Comune di Chiuduno ha indetto una licitazione privata per l'appalto dei servizi di ristorazione per la refezione scolastica delle scuole primarie e secondarie di primo grado per bambini e docenti, nonché per la produzione dei pasti presso la mensa per anziani e persone disagiate, per il periodo dal 2006 al 2010, prevedendo la presentazione di una cauzione provvisoria pari al due per cento del valore complessivo dell'appalto al netto dell'Iva, da presentare mediante

fideiussione bancaria, polizza assicurativa, assegno circolare o libretto al portatore, con espressa comminatoria di esclusione in caso di mancata produzione dei documenti indicati dal bando.

Entro il termine del 3 agosto 2006, hanno chiesto di partecipare tre ditte, la ricorrente ** Srl, la controinteressata ** Service Srl e la * Spa che venivano quindi invitate dalla stazione appaltante con lettera del 7 agosto 2006.

In seguito l'ultima delle ditte citate, è stata esclusa dalla procedura per irregolarità nelle modalità di presentazione dell'offerta, mentre la controinteressata ** Service Srl, veniva dapprima ammessa con riserva, in quanto aveva presentato la polizza fideiussoria per un importo inferiore a quello previsto dalla lex specialis, e quindi beneficiata, previa sospensione delle operazioni, della possibilità di integrare e regolarizzare la cauzione entro la medesima giornata del 31 agosto 2006.

Con nota del 5 settembre 2006, prot. n. 5989, il Comune ha comunicato che il 4 settembre 2006, era stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio alla controinteressata.

Con ricorso notificato il 22 settembre 2006 e depositato il successivo 6 ottobre 2006, gli atti della procedura sono impugnati con un'unica ed articolata censura, con la quale, sostanzialmente, si lamenta l'illegittimo operato dell'Amministrazione che non ha provveduto ad escludere la controinteressata dalla procedura nonostante la presentazione della cauzione per un importo inferiore a quello richiesto dal bando.

Si è costituito in giudizio il Comune di Chiuduno eccependo l'inammissibilità del ricorso e chiedendone la reiezione perché infondato.

Con ordinanza n. 1547 del 24 ottobre 2006, essendo già stato stipulato il contratto e richiamato l'indirizzo della Sezione, secondo cui ciò impedisce l'accoglimento della domanda cautelare in quanto la posizione del ricorrente non potrebbe essere reintegrata in quella della controinteressata, atteso che gli effetti del contratto non cesserebbero automaticamente, è stata respinta l'istanza cautelare.

Alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2007, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione con cui il Comune di Chiuduno afferma che il ricorso sarebbe inammissibile per la mancata indicazione dell'atto impugnato, in quanto il provvedimento avverso il quale si incentrano le censure della ricorrente non è l'aggiudicazione dell'appalto, ma il verbale di gara del 31 agosto 2006, con il quale la controinteressata è stata ammessa ad integrare l'importo della cauzione provvisoria presentata.

L'eccezione è infondata, in quanto il predetto verbale costituisce un atto avente natura endoprocedimentale, privo di autonoma capacità lesiva della sfera soggettiva delle imprese partecipanti.

Infatti è solo con l'aggiudicazione definitiva che l'Amministrazione appaltante, svolgendo un apprezzamento autonomo, approva gli atti della procedura, con la conseguenza che l'effetto lesivo per le concorrenti non aggiudicatrici si verifica solo in questo momento e gli atti preparatori debbono essere impugnati contestualmente con l'atto finale del procedimento.

2. Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Il Comune di Chiuduno ritiene che, poiché il bando non prevedeva l'importo complessivo dell'appalto, cosicché risultava difficoltoso per le partecipanti compiere il calcolo matematico dello stesso per individuare l'importo della cauzione del due per cento, e poiché non era prevista espressamente l'esclusione dalla procedura per la presentazione della cauzione per un importo inferiore a quello previsto, la controinteressata doveva essere invitata a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, ai sensi dell'art. 16, del Dlgs. 17 marzo 1995, n. 157, mediante la presentazione di una nuova polizza fideiussoria.

Tale ordine di idee non può essere condiviso.

Deve in primo luogo osservarsi che l'esatta determinazione dell'importo della cauzione era ricavabile, sulla base di semplici operazioni matematiche, dai dati forniti dalla lex specialis, ove veniva precisato che il contratto avrebbe avuto la durata di quattro anni, che il numero dei pasti era di 39.300 annui, di cui 34.100 per bambini, 1.040 per docenti e 4.160 per anziani o disabili e veniva precisato, per ciascuna tipologia di pasto, l'importo a base d'asta, fissato in 3,40 euro per la refezione scolastica, 3,50 euro per i docenti, ed euro 3,50 per anziani o disabili.

Pertanto, contrariamente a quanto affermato dalla commissione di gara e dalle difese del Comune, la corretta determinazione del valore del due per cento dell'importo complessivo dell'appalto rientrava nella diligenza esigibile da ciascuno dei concorrenti.

In secondo luogo, osserva il Collegio che è vero che la norma invocata, l'art. 16, del Dlgs. 17 marzo 1995 n. 157, nel disporre che le amministrazioni invitino, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalto di servizi a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, ha codificato un modo di procedere volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Tuttavia tale facoltà di integrazione, si riferisce esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica mentre non è possibile integrare, rettificare o precisare e, sostanzialmente, cambiare, gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta.

La polizza fideiussoria, non costituisce un semplice documento, né una dichiarazione di scienza, bensì una dichiarazione di volontà con la quale il fideiussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificassero i presupposti, una somma di denaro predeterminata.

Pertanto, poiché la costituzione di una garanzia di importo insufficiente, non costituisce una mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale, ammettendo la controinteressata alla presentazione di una nuova cauzione, l'Amministrazione ha illegittimamente violato la par condicio tra i concorrenti (cfr. Tar Puglia Lecce, Sez. II, 24 agosto 2006, n. 4278; Tar Lazio Roma, Sez. III, 14 febbraio 2006, n. 1066; Tar Liguria, Sez. II, 2 marzo 2005, n. 310; Tar Veneto, Sez. I, 4 novembre 2002, n. 6191; Tar Campania, Napoli, Sez. II, 28 aprile 2003, n. 4180).

Ne discende che il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, oltre ad oneri di legge, in €3.250,00, a titolo di spese, diritti ed onorari di difesa, da corrispondersi dal resistente Comune di Chiuduno alla ricorrente, mentre ricorrono giusti motivi per disporre la compensazione con le altre parti del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione staccata di Brescia - definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla il provvedimento n. 54, del 4 settembre 2006, del Settore Segreteria - Affari generali del Comune di Chiuduno, di affidamento dell'appalto del servizio di refezione scolastica e produzione pasti alla controinteressata.

Condanna il Comune di Chiuduno a corrispondere alla ricorrente, oltre ad oneri di legge, la somma liquidata in motivazione, a titolo di spese, diritti ed onorari di difesa.

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

Così deciso, in Brescia, l'8 febbraio 2007, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, in Camera di consiglio, con l'intervento dei Signori:

Roberto Scognamiglio Presidente

Stefano Tenca Referendario

Stefano Mielli Referendario estensore

NUMERO SENTENZA 180 / 2007

DATA PUBBLICAZIONE 05 - 03 - 2007