

In un appalto di servizi, qualora la cauzione provvisoria non venga accompagnata dall'impegno del fideiussore, in caso di aggiudicazione, ad emettere la successiva cauzione definitiva, come richiesto dal bando, è legittima l'esclusione della ditta partecipante in quanto non è ammessa la regolarizzazione ex post di adempimenti essenziali per il buon esito della procedura di gara

L'adempimento della dichiarazione integrativa della cauzione provvisoria è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione, che in tal modo viene ad essere preventivamente tutelata per l'ipotesi in cui la Ditta, in caso di aggiudicazione della gara, non fosse poi in grado di presentare la cauzione definitiva

A cura di Sonia Lazzini

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3752 del 7 luglio 2005, ribaltando la decisione del TAR Puglia Bari, sez. I, n. 4276 del 30.9.2004 ci insegna che non è facoltà dell'amministrazione, ex art. 16 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, concedere la regolarizzazione di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Stazione appaltante o che siano poste a garanzia della par condicio dei concorrenti

La fattispecie tratta di una gara per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di pubblica illuminazione e degli impianti elettrici comunali

Una ditta viene esclusa per non aver accompagnato la cauzione provvisoria con l'impegno del garante ad emettere, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva.

L'adito giudice di primo grado, sulla considerazione che si tratta di un appalto di servizi e che quindi, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, "Nei limiti previsti dagli articoli 12, comma 1, 13, 14, e 15, le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"....

ha considerato che:

< **l'esclusione è illegittima**, posto che, in assenza di qualsivoglia previsione del bando di gara in ordine alla sanzione espressa di esclusione per il caso d'incompletezza della documentazione presentata a corredo dell'offerta economica e tecnica, **la commissione di gara avrebbe dovuto prospettare la possibilità di invitare la società ricorrente alla regolarizzazione**, tenuto conto che tanto l'assenza, nella dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, della menzione dell'espressa consapevolezza delle conseguenze della falsità della dichiarazione, quanto l'assenza della dichiarazione integrativa della cauzione provvisoria, dell'impegno in caso di aggiudicazione a prestare la cauzione definitiva (non per caso il punto 11) del bando statuiva che "...la suddetta cauzione dovrà essere integrata da una dichiarazione di un istituto bancario, ovvero di una compagnia di assicurazione, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fidejussione bancaria o polizza assicurativa fidejussoria, relativa alla cauzione definitiva...") costituiscono fattispecie di incompletezza e non già di carenza della documentazione >

Avverso tale sentenza, l'amministrazione aggiudicatrice presenta ricorso davanti al Supremo Giudice Amministrativo il quale sancisce che:

<Merita adesione la doglianza con la quale l'Amministrazione comunale deduce che la Ditta era stata legittimamente esclusa dalla gara per non aver presentato la dichiarazione, di un Istituto bancario ovvero di una compagnia assicurativa, integrativa della cauzione provvisoria contenente l'impegno a

rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante>

pur trattandosi di un appalto di servizi, il giudice di Palazzo Spada afferma che:

<detto adempimento della dichiarazione integrativa della cauzione provvisoria è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione, che in tal modo viene ad essere preventivamente tutelata per l'ipotesi in cui la Ditta, in caso di aggiudicazione della gara, non fosse poi in grado di presentare la cauzione definitiva (V. la decisione di questa Sezione n. 3183 del 15.6.2001).

Esso è previsto espressamente dalla normativa in materia di lavori pubblici dall'art. 30 L. 11.2.1994 n. 109 e successive modificazioni e dall'art. 100 D.P.R. 21.12.199 n. 554, con facoltà delle Amministrazioni appaltanti di inserire la relativa prescrizione nella disciplina di altre gare (ad es. di forniture o appalti di pubblici servizi), come è avvenuto nella specie>

In alcun modo quindi l'Amministrazione poteva richiedere una regolarizzazione ex post in quanto:

<Proprio perché trattasi di un adempimento essenziale per il buon esito della procedura di gara, la sua mancanza non può che comportare l'esclusione della gara, senza possibilità dell'Amministrazione di poter richiedere l'integrazione della relativa documentazione>

due sono le osservazioni che ci preme proporre.

1. dal 24 maggio, data di entrata in vigore del dm 123/2004, per quanto concerne gli appalti di lavori, automaticamente, le condizioni di polizza presuppongono l'obbligo del garante della provvisoria ad impegnarsi ad emettere la definitiva:

quindi,

a meno che NON ESPRESSAMENTE RICHIESTO DAL BANDO (cfr Tar Puglia, Prima Sezione di Bari, con la sentenza numero 1293 decisa il 9 marzo 2005), l'adempimento di cui si discute nella fattispecie emarginata, è già soddisfatto dalla presentazione della scheda tecnica (che vincola il garante agli schemi del decreto stesso)

2. la violazione di obblighi di par conditio, intesa come principio comunitario (sancito come tale anche dalle ultime direttive la 17 e la 18 del 2004 in tema di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi) comporta la lesione di diritti soggettivi e quindi la chiamata in causa di responsabilità davanti al giudice civile (cfr Consiglio di Stato, con la decisione numero 7554 del 18 novembre 2004) ove legittimato passivo potrebbe essere anche il singolo Responsabile del procedimento per perdite patrimoniali subite dal danneggiato.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9431/2004, proposto da comune di \*\*\*\*\*, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv.to E, Follieri, elettivamente domiciliato, in Roma, viale Mazzini n. 6, presso lo studio Lupis;

## CONTRO

Il sig. \*\*\*\*\* Vincenzo, legale rappresentante della Elettro s.n.c. di \*\*\*\*\* Angelo & Figli, rappresentato e difeso dall'avv.to A. Ricucci, elettivamente domiciliato, in Roma, via G. Paisiello presso lo Studio del Prof. Avv. F. G. Scoca;

e nei confronti

di Elettroimpianti \*\*\*\*\* s.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., non costituitosi;

per la riforma

del sentenza TAR Puglia Bari, sez. I, n. 4276 del 30.9.2004, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dal sig. \*\*\*\*\* Vincenzo;

Visto il ricorso in appello e relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del sig. \*\*\*\*\* Vincenzo;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12.4.2005, relatore il consigliere Aniello Cerreto ed uditi altresì per le parti gli avv.ti F. Lofoco e F. G. Scoca, per delega, rispettivamente, degli avv.ti Follieri e Ricucci;

Visto il dispositivo di decisione n. 234/2005;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto:

## FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe, il comune di \*\*\*\*\* ha fatto presente che aveva indetto una gara per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di pubblica illuminazione nel territorio comunale; che alla gara partecipavano sia la Elettro s.n.c. di \*\*\*\*\* Angelo & Figli sia la Elettroimpianti \*\*\*\*\* s.n.c.; che la Commissione di gara, nell'aprire le buste contenenti la documentazione, rilevava che per la ditta Elettro s.n.c. la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà non era stata redatta come richiesto dal bando e che la documentazione era carente della dichiarazione di un istituto bancario o assicurativo contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione bancaria o assicurativa relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante; che pertanto non ammetteva alla prosecuzione della gara tale Ditta; che la gara proseguiva solo nei confronti dell'Altra Ditta (Elettroimpianti \*\*\*\*\*) che diveniva aggiudicataria con la determinazione dirigenziale n. 54 del 7.5.2004; che avverso gli atti di gara il sig. \*\*\*\*\* proponeva ricorso al TAR Puglia, che accoglieva il ricorso.

Ha dedotto quanto segue:

- il TAR aveva erroneamente respinta l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dal Comune, dal momento che il ricorrente aveva chiesto in data 7.5.2004 copia dell'aggiudicazione e degli atti di gara per tutelare i propri diritti, per cui in tale data aveva avuto conoscenza dei provvedimenti impugnati, con conseguente decorrenza del termine di impugnativa;

- la Ditta Elettro s.n.c. era stata legittimamente esclusa dalla gara; né rilevava la mancanza di un'espressa previsione di esclusione per incompletezza della documentazione, non essendo state osservate prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell'amministrazione o poste a garanzia della par

condicio dei concorrenti, quali quelle relative alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (non redatta come richiesto dal bando) ed alla dichiarazione di un istituto bancario o assicurativo contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione bancaria o assicurativa relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante.

Costitutosi in giudizio il sig. \*\*\*\* ha chiesto il rigetto dell'appello rilevando quanto segue:

- l'eccezione di tardività del ricorso originario era infondata, in quanto per aversi piena conoscenza di un provvedimento occorre che l'interessato sia reso edotto di alcuni elementi essenziali (autorità emanante, data, contenuto e l'effetto lesivo), che nella specie erano mancanti;
- il TAR aveva correttamente accolto il ricorso in quanto le irregolarità riscontrate non rientravano in espresse clausole di esclusione ed esse potevano essere regolarizzate.

Con ordinanza n. 6038/2004, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

In prossimità dell'udienza pubblica entrambe le parti hanno presentato memoria conclusiva.

Alla pubblica udienza del 12.4.2005, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. L'appello è fondato nei limiti sotto precisati.

Merita adesione la doglianza con la quale l'Amministrazione comunale deduce che la Ditta Elettro s.n.c. era stata legittimamente esclusa dalla gara per non aver presentato la dichiarazione, di un Istituto bancario ovvero di una compagnia assicurativa, integrativa della cauzione provvisoria contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante.

Occorre far presente che la lettera di invito prevedeva tale adempimento al punto 11), 4° periodo, anche se non comminava al riguardo in modo espresso l'esclusione dalla gara per la relativa omissione.

Ma come è noto in sede di aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, pur in mancanza di un'espressa previsione di esclusione, l'inosservanza di alcuni adempimenti comporta comunque l'esclusione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Stazione appaltante o siano poste a garanzia della par condicio dei concorrenti (V. le decisioni di questo consiglio, Sezione V n. 5843 del 15.11.2001 e n. 3870 del 30.6.2003; sez. IV n. 7380 del 15.11.2004 e n. 231 del 31.1.2005).

Nella specie, detto adempimento della dichiarazione integrativa della cauzione provvisoria è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione, che in tal modo viene ad essere preventivamente tutelata per l'ipotesi in cui la Ditta, in caso di aggiudicazione della gara, non fosse poi in grado di presentare la cauzione definitiva (V. la decisione di questa Sezione n. 3183 del 15.6.2001).

Esso è previsto espressamente dalla normativa in materia di lavori pubblici dall'art. 30 L. 11.2.1994 n. 109 e successive modificazioni e dall'art. 100 D.P.R. 21.12.199 n. 554, con facoltà delle Amministrazioni appaltanti di inserire la relativa prescrizione nella disciplina di altre gare (ad es. di forniture o appalti di pubblici servizi), come è avvenuto nella specie.

Proprio perché trattasi di un adempimento essenziale per il buon esito della procedura di gara, la sua mancanza non può che comportare l'esclusione della gara, senza possibilità dell'Amministrazione di poter richiedere l'integrazione della relativa documentazione (V. la decisione di questa Sezione n. 1635 del 12.4.2005).



COMUNE DI \*\*\*\*\*

ELETTRO IMPIANTI \*\*\*\*\* SNC

Udito il relatore Cons. LEONARDO SPAGNOLETTI e uditi altresì i difensori delle parti come da verbale d'udienza;

Considerato che il ricorso può essere definito con sentenza in forma semplificata perché manifestamente fondato e che dell'esercizio della relativa facoltà del Collegio è stato dato avviso ai difensori presenti in camera di consiglio;

Considerato, in via preliminare, che è destituita di fondamento giuridico l'eccezione pregiudiziale di irricevibilità per tardività del ricorso, come spiegata dai difensori del Comune di \*\*\*\*\* e della controinteressata intimata, posto che dalla istanza di accesso presentata dal legale rappresentante della società ricorrente non risulta alcun elemento dal quale sia desumibile l'effettiva piena conoscenza del provvedimento di esclusione e, soprattutto, delle sue motivazioni;

Considerato che l'esclusione è illegittima, posto che, in assenza di qualsivoglia previsione del bando di gara in ordine alla sanzione espressa di esclusione per il caso d'incompletezza della documentazione presentata a corredo dell'offerta economica e tecnica, la commissione di gara avrebbe dovuto prospettarsi la possibilità di invitare la società ricorrente alla regolarizzazione, tenuto conto che tanto l'assenza, nella dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, della menzione dell'espressa consapevolezza delle conseguenze della falsità della dichiarazione, quanto l'assenza della dichiarazione, integrativa della cauzione provvisoria, dell'impegno in caso di aggiudicazione a prestare la cauzione definitiva (non per caso il punto 11) del bando statuiva che "...la suddetta cauzione dovrà essere integrata da una dichiarazione di un istituto bancario, ovvero di una compagnia di assicurazione, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fidejussione bancaria o polizza assicurativa fidejussoria, relativa alla cauzione definitiva...") costituiscono fattispecie di incompletezza e non già di carenza della documentazione;

Considerato, infatti, che, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, "Nei limiti previsti dagli articoli 12, comma 1, 13, 14, e 15, le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati";

Rilevato che, come è stato autorevolmente osservato in giurisprudenza, "L'art. 16 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, nel disporre che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di contratti con la p.a. a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma ha piuttosto inteso codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti, e nel rispetto della "par condicio" dei concorrenti, l'elemento sostanziale su quello formale, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica" (Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2003, n. 7275; nello stesso senso si era già espresso T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 10 maggio 1996, n. 253);

Considerato, peraltro, che essendo state presentate due sole offerte, ed essendo prevista aggiudicazione anche in caso di unica offerta, un più corretto e consapevole uso del potere di regolarizzazione sarebbe stato orientato verso il minimo ampliamento dell'offerta concorrenziale in funzione dell'interesse dell'amministrazione comunale a conseguire il miglior servizio al minor prezzo relativo possibile;

Considerato, peraltro, che, come documentato, la società ricorrente ha effettivamente presentato offerta economica di ribasso sul prezzo a base di gara di gran lunga più vantaggiosa rispetto a quella della controinteressata -che peraltro già gestiva da alcuni anni in proroga il servizio- (22,50% a fronte di 4,5%), sicché, pur tenuto conto della migliore offerta di acquisto dell'autoscala comunale presentata dalla controinteressata (€ 4.700,00 a fronte di € 1.500,00) e tenuto conto dei punteggi previsti dal bando (3 punti per il massimo ribasso sul prezzo a base di gara; 1 punto sull'offerta massima per l'acquisto dell'autoscala; 6 punti per i miglioramenti e ampliamenti del servizio in linea tecnica), non può affatto escludersi che nel confronto concorrenziale, in sede di rinnovazione parziale delle operazioni di gara con la riammissione della società ricorrente, quest'ultima non risulti aggiudicataria dell'appalto;

Considerato, in definitiva, che il ricorso deve essere accolto, risultando fondate le censure di cui ai motivi sub 1) e 2), col conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati e salva la rinnovazione parziale delle operazioni di gara, ciò che rappresenta reintegrazione in forma specifica dell'interesse leso dai provvedimenti gravati, onde deve escludersi l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno per equivalente;

Ritenuto, quanto alle spese, che sussistono giusti motivi per disporre la compensazione integrale tra le parti costituite;

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Sede di Bari – Sezione I, così provvede sul ricorso in epigrafe n. 2074 del 2004:

- 1) accoglie il ricorso e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, salva la rinnovazione parziale delle operazioni di gara;
- 2) rigetta la domanda di risarcimento del danno per equivalente;
- 3) dichiara compensate per intero tra le parti le spese e onorari del giudizio.

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

Così deciso in Bari nella Camera di consiglio del 29 settembre 2004