

ILLOGICO RICHIEDERE UNA CAUZIONE PROVVISORIA PARI AL TERMINE DELL'INSTAURANDO RAPPORTO CONTRATTUALE: NON APPARE IMMAGINABILE LA VERIFICAZIONE DEL RISCHIO! -SENZA SOLUZIONE DI CONTINUITÀ LA GARANZIA SI TRASFERISCE DALL'EVENTUALE RIFIUTO DELL'IMPRESA AGGIUDICATARIA DI STIPULARE IL CONTRATTO (PROVVISORIA) ALL'EVENTUALE PREGIUDIZIO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI CONTRATTUALI (DEFINITIVA)

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3866 del 30 giugno 2003 ci offre un importante principio in tema di durata delle cauzioni provvisorie emesse per la partecipazione ad un appalto di servizi.

Il giudizio di primo grado (vedi commento a *TAR CALABRIA - CATANZARO: SEZ. I n.1075/2002*****) ha visto soddisfatte le richieste della allora ricorrente e ha di conseguenza annullato l'aggiudicazione alla attuale ricorrente della gara per l'affidamento del servizio di pulizia, ritenendola viziata, per l'omessa esclusione dell'impresa risultata vincitrice (giudicata, viceversa, doverosa), per l'inosservanza della clausola del bando che imponeva la prestazione di una cauzione fideiussoria nelle forme, tra l'altro, della fideiussione bancaria avente validità **triennale**.

La materia del contendere si concentra quindi sulla legittimità o meno dell'ammissione alla gara dell'impresa aggiudicataria, sotto il peculiare profilo dell'osservanza da parte di quest'ultima della clausola del bando che imponeva, a pena d'esclusione, la prestazione, quale cauzione provvisoria, di una fideiussione bancaria avente validità triennale, risultando pacifico che la garanzia presentata dall'odierna ricorrente difetta di tale requisito di durata.

Chiarito da parte del supremo organo amministrativo che “nel caso di clausole del bando tra loro antinomiche o incoerenti spetta, prima all'amministrazione e poi, eventualmente, al Giudice, operare una lettura del sistema di regole di riferimento che restituisca allo stesso razionalità ed utilità” viene successivamente osservato che “la clausola che impone, a pena d'esclusione, (cfr. il combinato disposto degli artt.3 lett. c, 5 punto 7 del bando e 6 del capitolato d'onori) la prestazione, a titolo di cauzione provvisoria (pari al 2% dell'importo complessivo), di una fideiussione bancaria od assicurativa avente validità triennale **si rivela insanabilmente contrastante ed incompatibile** con la prescrizione (cfr. art.6 c.4 del capitolato) che, disciplinando la cauzione definitiva, impone all'impresa selezionata di versare (o garantire) un importo pari al 10% del canone d'appalto, a garanzia della regolare esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto.”

Poiché, si legge nell'emergente decisione:

- ☞ la cauzione provvisoria assolve la precipua ed esclusiva funzione di garantire all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto,
in occasione della conclusione di quest'ultimo,
- ☞ quel tipo di garanzia viene sostituita da quella definitiva (di importo ben maggiore), invece preordinata ad assicurare la stazione appaltante per il pregiudizio patito in conseguenza dell'eventuale violazione degli obblighi contrattuali

bisogna dedurre che:

- ☞ la prescrizione relativa ad una durata dell'impegno fideiussorio richiesto a titolo di cauzione provvisoria pari al termine dell'instaurando rapporto contrattuale si rivela non solo illogica e contraria alle finalità di quel tipo di garanzia (il che non consentirebbe, di per sé, di operarne una diversa interpretazione od una disapplicazione),

☞ ma contrastante con la connessa previsione che impone all'aggiudicatario di garantire, con il diverso strumento della cauzione definitiva, la regolare esecuzione del contratto (ciò che, invece, autorizza ed impone l'intervento correttivo dell'interprete).

Pertanto, concludono i giudici del Consiglio di Stato, "la clausola che impone una coincidenza temporale tra la garanzia richiesta a tutti i partecipanti alla gara (all'esclusivo fine di coprire il rischio del colpevole rifiuto di stipula del contratto) e la durata del rapporto contrattuale risulta, in effetti, del tutto incoerente con il sistema delle garanzie delineato dal bando e dal capitolato, risolvendosi in una illogica estensione dell'onere provvisorio ad un periodo temporale con riferimento al quale non appare immaginabile la verifica del rischio coperto da quel peculiare tipo di garanzia"

In conclusione quindi "nella descritta situazione di incoerenza ed illogicità del regime delle cauzioni rinvenibile dall'esame del bando di gara e del capitolato d'oneri, occorre, quindi, per restituire chiarezza, razionalità ed efficacia alle clausole esaminate, procedere, in base ad una interpretazione adeguatrice della prescrizione relativa alla cauzione provvisoria, ad una sua lettura che intenda **l'indicazione della durata triennale della garanzia come significativa del solo parametro temporale di determinazione dell'importo garantito** e che escluda, comunque, qualsiasi riferimento di quell'espressione allo spazio temporale di operatività della fideiussione bancaria (da intendersi come limitato al solo periodo di tempo occorrente per la definizione della procedura e la stipula del contratto).Va, quindi, esclusa la sussistenza dell'unico vizio riscontrato dal T.A.R. ed assunto a sostegno del giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto all'odierna ricorrente"

Osservazione:

Giusto a titolo di precisazione, ci preme sottolineare che non sarebbe stato possibile trovarsi di fronte ad una simile controversia negli appalti pubblici di lavori.

Questa affermazione trova la propria giustificazione in quanto, a differenza della fattispecie emarginata (appalto di servizi) ove nel silenzio della norma (decreto legislativo 157/95) è lasciata alla libera discrezionalità delle stazioni appaltanti (quindi della *lex specialis* del bando e non della Legge) la scelta di imporre o meno obblighi assicurativi, l'articolo 30 della Legge 109/94 s.m.i. combinato disposto con gli artt. dal 100 al 107 del D.p.r 554/99, vincolano l'operato delle amministrazioni pubbliche (ma anche dei partecipanti e dell'aggiudicatario)

A questo proposito:

TAR Sicilia, Sez. II, sentenza n. 534 del 23 marzo 2001:

Il fatto che il bando di gara richiami, espressamente, i commi 1 e 2 dell'art. 30 della L. 109/1994 e non anche al comma 2-bis, non vale, di per sé, ad escludere l'applicabilità di quest'ultimo. Invero, tale comma, specificando le caratteristiche intrinseche della cauzione fideiussoria di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 30 cit., forma sistema con i commi precedenti, sicché le disposizioni legislative in argomento appaiono contenutisticamente inscindibili, ed il richiamo da parte del bando ai primi due commi dell'art. 30 della L. 109/1994 non può che estendersi, anche, al comma 2-bis e, quindi, alla clausola della operatività della polizza fideiussoria entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante

TAR Lazio, Roma, sentenza n. 3971 del 7 maggio 2002:

Rileva, al riguardo, il Collegio che la formulazione della clausola contenente la locuzione "a semplice richiesta scritta" della stazione appaltante, è prescritta espressamente dall'art.30, comma 2-bis della

legge 11 febbraio 1994, n.109 (c.d. Merloni-ter) -introdotto dall'art.9, comma 55 della legge 18 novembre 1998, n. 415- nonché dalla lettera d'invito alla licitazione privata (punto 8, comma 6, pag.5). La circostanza che detta espressione sia tassativamente richiesta dalla normativa di riferimento e dalla lex specialis della gara, comporta che la clausola, nell'indicata formulazione, costituisce elemento indefettibile ed assume, a garanzia della regolarità della procedura concorsuale e della par condicio dei concorrenti, valore sostanziale ed essenziale, con la conseguenza che non possono ritenersi ammissibili formule equipollenti e che la sua omissione si traduce in una mancanza non suscettibile di regolarizzazione, bensì passibile di esclusione dal novero dei partecipanti.

Osserva, d'altra parte, il Collegio che il richiamo nella polizza fideiussoria dell'art.4 delle condizioni generali di contratto non vale, comunque, a costituire l'equipollente della clausola pretermessa o inesattamente formulata, giacchè, come testualmente riferito dalla stessa ricorrente, nella cauzione la Società garante si impegnava al pagamento delle somme dovute "entro il termine massimo di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta dell'Ente Garantito", oltrechè alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione della ditta obbligata

TAR Trentino Alto Adige, Trento, sentenza n. 72 del 24 febbraio 2003:

L'istituto della "cauzione provvisoria", teso a garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, è certamente configurabile, pur in assenza di un preciso obbligo di legge (come, invece, per l'appalto di opere pubbliche), anche per l'appalto di servizi.

Si è quindi in presenza di disposizioni pienamente legittime, che non si pongono in contrasto né con il D.lgs. n. 157 del 1995 – che non contiene alcun divieto al riguardo -, né con l'art. 8 della legge provinciale n. 23 del 1990 – in cui si prevede che "per la stipulazione dei contratti di cui alla presente legge non è richiesta la prestazione di cauzione provvisoria" -, trattandosi di una norma afferente genericamente all'attività contrattuale della P.A.T. e come tale non certo idonea ad impedire la previsione di una cauzione provvisoria nella fase di partecipazione alla gara per le imprese concorrenti: ed è appunto in questi termini, e con carattere di mera sussidiarietà al D.lgs. n. 157 del 1995, che la citata legge provinciale viene richiamata dal bando di gara e dalle allegate norme di partecipazione

TAR Lombardia - Sezione III, sentenza 14 novembre 2000, n. 6377:

Il potere di imporre la prestazione di una cauzione provvisoria trova un puntuale fondamento normativo, per quanto riguarda il settore dei lavori pubblici, nell'art.30 della legge 11 febbraio 1994 n.109.

Al contrario, la regolamentazione del settore dei servizi non contiene specifiche previsioni in proposito; e tale differente regime appare espressivo di una scelta legislativa che esclude ogni possibilità di estensione in via analogica della disciplina vigente in materia di lavori pubblici.

Consiglio di Stato, decisione n. 350 del 21.01.2002:

Appare al Collegio condivisibile anche l'ordine di idee che ha portato il Tar nella decisione appellata ad escludere l'applicabilità nel caso di specie - si tratta di una gara che ha ad oggetto la prestazione di servizi - delle disposizioni contemplate in materia dalla legislazione sui lavori pubblici che stabilisce l'obbligo della prestazione della cauzione provvisoria e la restituzione della stessa ai non aggiudicatari (art.30 della legge n.109 del 1994) e sanziona con l'escussione della cauzione la mancata conferma da parte dell'offerente o dell'aggiudicatario delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta (art.10 co.1-quater della stessa legge). La regolamentazione delle procedure di gara nel nostro ordinamento, in particolare dopo l'adeguamento alla normativa comunitaria, distingue in modo netto le procedure applicabili in relazione all'oggetto contrattuale cosicché non è corretta una operazione di trasposizione di alcune disposizioni da un settore all'altro perché ciascuno trova una disciplina completa negli atti normativi che attengono specificamente al settore considerato. Se quindi può essere ammessa

una prescrizione di bando che integri la disciplina di settore, quando non collida con aspetti fondamentali di quest'ultima o con disposizioni puntuali, non è, invece, possibile trasferire i principi o singole disposizioni di dettaglio senza una esplicita norma di bando che lo consenta. Pertanto, poiché il D.P.R.n157 del 17.3.1995 che disciplina gli appalti pubblici di servizi non contiene alcuna previsione sulle modalità di escussione delle cauzioni ed il bando di gara non ha disposto alcunchè sul punto il Comune appellante non poteva esercitare legittimamente un potere di escussione essendo privo di un valido fondamento normativo un atto di questo tipo.

TAR Puglia, Lecce, sentenza n. 913 del 2 marzo 2002:

come non si può dubitare del potere della stazione appaltante di prevedere, anche per i servizi, la prestazione di cauzioni a garanzia e della stipulazione del contratto e dell'adempimento degli obblighi contrattuali, anche nel silenzio del D.Lgs. n.157 del 1995, in quanto il relativo potere trova la sua fonte nel principio di carattere generale formulato dall'art.45 del R.D. n.827 del 1924, così pure non si può dubitare della essenzialità del relativo adempimento e quindi della necessità dell'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia osservato lo stesso

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ha pronunciato la seguente decisione

Sul ricorso in appello n. 6411/2002 del 27/07/2002, proposto da: **** CLARA Q.LE TTT. DITTA "**** PRONTO SERVICE" ;

contro

**** SRL ;

e nei confronti di

COMUNE DI SAN LUCIDO non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del TAR CALABRIA - CATANZARO: SEZ. I n.1075/2002, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE SERVIZIO DI PULIZIA CASA DI RIPOSO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di **** SRL;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 15 Aprile 2003, relatore il Consigliere Cons. Carlo Deodato ed udito, altresì, l'avvocato Benedetti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata il T.A.R. della Calabria – Catanzaro, in accoglimento del ricorso proposto dalla **** s.r.l., annullava l'aggiudicazione all'impresa **** Pronto Service – Servizi Ecologici (d'ora innanzi ****) del servizio di pulizia, giardinaggio e portierato notturno della Casa di Riposo ex O.N.P.I., sita nel Comune di San Lucido.

Avverso tale decisione proponeva rituale appello la ****, riproponendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso originario, criticando nel merito la correttezza del giudizio di illegittimità dell'affidamento del servizio in questione, negando, in particolare, la sussistenza dell'accertata violazione della clausola relativa alla cauzione provvisoria e concludendo per l'annullamento della sentenza impugnata.

Resisteva la **** s.r.l., contestando la fondatezza delle censure dedotte a fondamento dell'appello avverso, difendendo il convincimento espresso dai primi giudici circa l'inosservanza della prescrizione relativa alla durata della garanzia provvisoria ed invocando la reiezione del ricorso.

Non si costituiva, invece, il Comune di San Lucido.

Con ordinanza n.5498, resa nella camera di consiglio del 17 dicembre 2002, veniva accordata la tutela cautelare invocata dall'appellante.

Alla pubblica udienza del 15 aprile 2003 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Come già rilevato in fatto, il T.A.R. ha annullato l'aggiudicazione alla **** della gara indetta dal Comune di San Lucido per l'affidamento del servizio di pulizia, giardinaggio e portierato notturno della Casa di Riposo ex O.N.P.I., per la durata di tre anni, ritenendola viziata, in accoglimento del motivo rubricato sub 3) nel ricorso della ****, dall'omessa esclusione dell'impresa risultata vincitrice (giudicata, viceversa, doverosa), per l'inosservanza della clausola del bando che imponeva la prestazione di una cauzione fideiussoria nelle forme, tra l'altro, della fideiussione bancaria avente validità triennale.

L'impresa appellante eccepisce, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso in primo grado per l'omessa, tempestiva impugnazione del bando di gara e contesta, nel merito, la correttezza del giudizio di illegittimità reso dai primi giudici, negando, al riguardo, la sussistenza della violazione delle prescritte modalità di prestazione della cauzione provvisoria.

La società appellata rileva, di contro, l'infondatezza di tali doglianze e difende il convincimento espresso dal T.A.R. in ordine alla ritualità dell'introduzione del giudizio di primo grado ed all'illegittimità dell'aggiudicazione all'odierna ricorrente della gara controversa.

2.- Va preliminarmente disattesa l'eccezione di rito formulata dalla ricorrente, con la quale si assume l'inammissibilità del ricorso in primo grado per l'omessa impugnazione, nel termine di decadenza, del bando di gara.

Anche prescindendo dal rilievo che l'estrema genericità dell'eccezione, per come formulata nel ricorso, ne impedisce l'esatta comprensione e, quindi, una compiuta analisi, si deve rilevare che la stessa si rivela, comunque, manifestamente infondata sia in quanto l'onere di immediata impugnazione del bando va circoscritto alla sola ipotesi, estranea alla fattispecie in esame, della contestazione della legittimità di clausole che precludono la partecipazione dell'impresa istante alla procedura selettiva (C.S., Sez. V, 10 gennaio 2003, n.35) sia perché, a ben vedere, l'originaria ricorrente non contesta, per quanto qui rileva, la correttezza della *lex specialis*, ma la sua interpretazione ed attuazione da parte della Commissione, lamentando, anzi, l'erroneità dell'omessa applicazione della sanzione dell'esclusione prevista proprio nel regolamento di gara, sicché, sotto entrambi i profili appena esaminati, risulta inconfigurabile qualsiasi onere di impugnazione del bando a carico dell'originaria ricorrente.

3.- Nel merito, le parti controvertono della legittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa aggiudicataria, sotto il peculiare profilo dell'osservanza da parte di quest'ultima della clausola del bando che imponeva, a pena d'esclusione, la prestazione, quale cauzione provvisoria, di una fideiussione bancaria avente validità triennale, risultando pacifico che la garanzia presentata dall'odierna ricorrente difetta di tale requisito di durata.

La definizione della questione appena illustrata postula, evidentemente, la soluzione dei presupposti problemi dell'interpretazione della prescrizione asseritamente inosservata, della sua portata precettiva e delle conseguenze della sua eventuale violazione.

3.1- Il Tribunale calabrese afferma, al riguardo, che la formulazione letterale univoca della clausola pertinente alla durata della fideiussione e di quella relativa alla sanzione dell'esclusione per l'inosservanza della prima impedivano all'amministrazione ogni valutazione discrezionale circa la rilevanza e le conseguenze della violazione in questione e le imponevano la rigida applicazione delle regole ricordate.

3.2- Il Collegio non ignora, ed, anzi, condivide, il consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. *ex multis* C.S., Sez. V, 13 novembre 2002, n.6300) secondo il quale la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, con la conseguenza che, qualora sia comminata espressamente l'esclusione obbligatoria in conseguenza della violazione di talune univoche prescrizioni, l'amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tale previsione (C.S., Sez. V, 10 marzo 1999, n.228), senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento nè alcuna possibilità di interpretazione della portata sostanziale delle clausole inosservate e di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la

congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*; reputa, tuttavia, che l'applicazione di tali principi postuli il carattere chiaro della regola controversa e che la sua univocità debba essere valutata con riferimento al sistema delle clausole connesse dirette a disciplinare l'adempimento considerato e non con esclusivo ed astratto riguardo alla singola previsione.

Quando, infatti, la categoria del precetto si articola in distinte, ma logicamente collegate, prescrizioni, l'univocità della singola clausola va valutata in relazione alla coerenza ed alla chiarezza del sistema complessivo delle regole connesse, di guisa che la relativa indagine si estenda a tutte le parti del regolamento di gara idonee a rivelare il carattere palese od equivoco della disposizione della cui osservanza si discute.

Ove, infatti, la singola clausola fosse, in sé, univocamente formulata, ma risultasse confliggente con altra prescrizione connessa o incoerente con la funzione dell'obbligo al cui assolvimento il complesso delle regole di riferimento risulta chiaramente preordinato, le preclusioni, nell'esegesi e nell'attuazione delle regole di gara, affermate dall'orientamento ricordato dovrebbero recedere in favore dell'opera dell'interprete del bando cui compete assegnare alla prescrizione in questione, in attuazione dei criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1362 e seguenti del codice civile, un significato compatibile con l'assetto delle regole di gara relative al medesimo adempimento e coerente con lo scopo da quelle perseguito.

3.3- Così chiarito che nel caso di clausole del bando tra loro antinomiche o incoerenti spetta, prima all'amministrazione e poi, eventualmente, al Giudice, operare una lettura del sistema di regole di riferimento che restituisca allo stesso razionalità ed utilità, si deve rilevare che, nel caso di specie, la clausola che impone, a pena d'esclusione, (cfr. il combinato disposto degli artt.3 lett. c, 5 punto 7 del bando e 6 del capitolato d'onori) la prestazione, a titolo di cauzione provvisoria (pari al 2% dell'importo complessivo), di una fideiussione bancaria od assicurativa avente validità triennale si rivela insanabilmente contrastante ed incompatibile con la prescrizione (cfr. art.6 c.4 del capitolato) che, disciplinando la cauzione definitiva, impone all'impresa selezionata di versare (o garantire) un importo pari al 10% del canone d'appalto, a garanzia della regolare esecuzione degli obblighi nascenti dal contratto.

Se si considera, in proposito, che la cauzione provvisoria assolve la precipua ed esclusiva funzione di garantire all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto e che, in occasione della conclusione di quest'ultimo, quel tipo di garanzia viene sostituita da quella definitiva (di importo ben maggiore), invece preordinata ad assicurare la stazione appaltante per il pregiudizio patito in conseguenza dell'eventuale violazione degli obblighi contrattuali, risulta agevole concludere che la prescrizione relativa ad una durata dell'impegno fideiussorio richiesto a titolo di cauzione provvisoria pari al termine dell'instaurando rapporto contrattuale si rivela non solo illogica e contraria alle finalità di quel tipo di garanzia (il che non consentirebbe, di per sé, di operarne una diversa interpretazione od una disapplicazione), ma contrastante con la connessa previsione che impone all'aggiudicatario di garantire, con il diverso strumento della cauzione definitiva, la regolare esecuzione del contratto (ciò che, invece, autorizza ed impone l'intervento correttivo dell'interprete).

In un complesso di regole che, in coerenza con la normativa primaria di riferimento, contempla espressamente la sostituzione della cauzione provvisoria con quella definitiva al momento della stipula del contratto e che assegna solo a quest'ultima la funzione di coprire i rischi connessi all'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, la clausola che impone una coincidenza temporale tra la garanzia richiesta a tutti i partecipanti alla gara (all'esclusivo fine di coprire il rischio del colpevole rifiuto di stipula del contratto) e la durata del rapporto contrattuale risulta, in effetti, del tutto incoerente con il sistema delle garanzie delineato dal bando e dal capitolato, risolvendosi in una illogica estensione dell'onere provvisorio ad un periodo temporale con riferimento al quale non appare immaginabile la verifica del rischio coperto da quel peculiare tipo di garanzia.

A fronte di un'espressa previsione, nella disciplina di gara, del diverso strumento di cautela (cauzione definitiva) tipicamente finalizzato a tutelare l'amministrazione dalle conseguenze dannose del genere di illecito (inadempimento contrattuale) proprio della fase del rapporto cui appare principalmente riferita (sotto un profilo temporale) la fideiussione in questione, l'imposizione della durata triennale di quest'ultimo impegno si rivela, in definitiva, priva di qualsiasi giustificazione e di concreta efficacia e,

quindi, destinata a recedere, come appresso chiarito, in favore della clausola con la quale risulta confliggente.

3.4- Nella descritta situazione di incoerenza ed illogicità del regime delle cauzioni rinvenibile dall'esame del bando di gara e del capitolato d'oneri, occorre, quindi, per restituire chiarezza, razionalità ed efficacia alle clausole esaminate, procedere, in base ad una interpretazione adeguatrice della prescrizione relativa alla cauzione provvisoria, ad una sua lettura che intenda l'indicazione della durata triennale della garanzia come significativa del solo parametro temporale di determinazione dell'importo garantito e che escluda, comunque, qualsiasi riferimento di quell'espressione allo spazio temporale di operatività della fideiussione bancaria (da intendersi come limitato al solo periodo di tempo occorrente per la definizione della procedura e la stipula del contratto).

3.5- Va, quindi, esclusa la sussistenza dell'unico vizio riscontrato dal T.A.R. ed assunto a sostegno del giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto all'odierna ricorrente.

4.- Preso atto, in conclusione, che la **** ha omesso di riproporre in appello, per quanto è dato evincere dall'esame degli scritti difensivi di questo grado, le censure del ricorso originario, non esaminate dai primi giudici in quanto assorbite dall'accoglimento del terzo motivo, e che l'inosservanza di tale onere processuale preclude l'esame delle relative questioni, va accolto l'appello della ****, con conseguente reiezione, in riforma della decisione impugnata, del ricorso proposto in primo grado.

5.- Le difficoltà interpretative sottese alla questione controversa giustificano la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, in riforma della decisione appellata, respinge il ricorso in primo grado;

dichiara compensate le spese di entrambi i gradi di giudizio;

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 15 Aprile 2003 con l'intervento dei Sigg.ri:

Alfonso Quaranta	- Presidente
Giuseppe Farina	- Consigliere
Corrado Allegretta	- Consigliere
Francesco D'Ottavi	- Consigliere
Carlo Deodato	- Consigliere Estensore

L'ESTENSORE

F.to Carlo Deodato

IL PRESIDENTE

F.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO

F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30 giugno 2003

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale

TAR CALABRIA - CATANZARO: SEZ. I n.1075/2002****

Cauzione provvisoria espressamente richiesta in un appalto di servizi

Causa di esclusione dalle procedure: polizza provvisoria di durata inferiore a quanto previsto dalla Lex specialis del bando di gara

Il Tribunale Amministrativo regionale per la Calabria- Sezione seconda di Catanzaro con la decisione (in forma semplificata) numero 1075 del 14 maggio 2002 esprime il proprio favorevole parere riguardo ad un ricorso avverso l'accettazione da parte della Stazione appaltante, di polizze provvisorie di durata inferiore a quanto previsto nel bando.

Si legge infatti nell'emarginata sentenza come il giudice adito abbia considerato fondate le doglianze incentrate sulla dedotta violazione dell'art. 3 punto f) e dell'art. 5 punto 7) del bando di gara., ove, con formulazione chiara ed immediatamente percepibile nel suo esatto significato, si indicava la documentazione da esibire a corredo dell'offerta.

In particolare, al punto 3 lett. f) del richiamato articolato, espressamente si richiedeva una "cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo a base d'asta di £. 250.000.000 (euro 129.114.22) annue, per anni tre (totale cauzione provvisoria di £. 15.000.000.000)".

Orbene, aggiungono i giudici amministrativi, definito nei suddetti termini l'ammontare della cauzione provvisoria richiesta, calcolata in ragione della durata triennale dell'appalto, la disposizione in commento ha indicato anche le modalità con cui era possibile prestare garanzia: "la cauzione potrà essere effettuata oltre che con versamento sul conto corrente....., anche a mezzo di fideiussione bancaria o assicurativa, contenente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale avente validità triennale".

Quindi risulta evidente al Tar come ogni impresa avrebbe dovuto assolvere all'onere di prestare adeguata garanzia, circa la serietà della propria offerta, documentando un deposito cauzionale sul c/c intestato al Comune ovvero esibendo una polizza fideiussoria contenente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale avente durata triennale.

Sulla base di queste considerazioni, i giudici non si trovano d'accordo con le osservazioni svolte dalla commissione di gara sulle eccezioni formulate dalla ditta ricorrente nella parte in cui il suddetto organo di valutazione ha ritenuto che la cauzione provvisoria " era richiesta nella misura del 2 % dell'importo dell'appalto e, quindi, del valore complessivo calcolato sulla durata triennale dello stesso e non, viceversa, come ritiene la ricorrente, mediante polizza di durata triennale".

Viene pertanto accolto il ricorso della ditta ricorrente con il quale ci si doglieva dell'ammissione alla gara di imprese concorrenti, ivi compresa la ditta aggiudicataria, nonostante le stesse abbiano esibito polizze fideiussorie di durata inferiore a quella richiesta (tre anni) dal bando e dal capitolato di gara.

L'Amministrazione quindi, concludono i giudici, dinanzi alle riscontrate difformità e ferme restando le precedenti esclusioni, avrebbe dovuto non ammettere alla gara tali ditte, la cui documentazione non risultava aderente alla prescrizione di cui all'art. 3 lett. f), come sopra interpretato.

Ancora una volta, e in questo caso per un appalto pubblico di servizi, una polizza provvisoria non corretta e non del tutto consona ai dettami della lex specialis, comporta l'esclusione della procedura pubblica!!!!

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA Il Tribunale Amministrativo regionale per la Calabria- Catanzaro
Sezione seconda

ha pronunciato la seguente

DECISIONE IN FORMA SEMPLIFICATA
nella Camera di Consiglio del 9 maggio 2002.

Visto il ricorso n 1845/2001 proposto dalla **** s.r.l., contro

il COMUNE di S. LUCIDO, in persona del Sindaco pro – tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti

della ditta ***

della **** COOPERATIVA a r.l., in persona del Presidente e legale rappresentante pro – tempore, n.c.;
per l'annullamento previa sospensione

della determinazione del Responsabile del I° Settore del Comune di S. Lucido n°111 del 17.10.1991;

nonché di ogni altro atto ad essa connesso, preliminare, presupposto, preparatorio o interno, consequenziale o di esecuzione;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata ditta ****;

Preso atto dell'integrazione del contraddittorio, effettuata – in ottemperanza all'ordinanza del Collegio assunta alla c.c. del 10.1.2002 –mediante evocazione in giudizio delle altre ditte controinteressate, non costituite in giudizio;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Udito alla camera di consiglio del 9 maggio 2002 il giudice relatore dott. Umberto Maiello; uditi altresì

Per le parti gli avvocati come da verbale di udienza.

Visto l'articolo 21 nono comma della legge 6 dicembre 1971, n.1034, nel testo sostituito dall'art. 3, primo comma, della Legge 21 luglio 2000 n. 205, che facoltizza, in sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, a definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26 della legge della legge 6 dicembre 1971, n.1034,.

Rilevato che, nella specie, il presente giudizio può essere definito con decisione in forma semplificata ai sensi dell'articolo 26 della legge della legge 6 dicembre 1971, n.1034, come modificato dall'art. 9 della Legge 21 luglio 2000 n. 205, stante anche la completezza del contraddittorio e della documentazione di causa;

Sentiti sul punto i difensori delle parti costituite, come da verbale d'udienza;

Ravvisata la manifesta fondatezza del gravame, con riguardo ai sottoindicati profili:

FATTO e DIRITTO

Il Comune di S. Lucido ha indetto una gara d'appalto per l'affidamento, con il metodo del pubblico incanto, del servizio di pulizia, giardinaggio e portierato notturno della Casa di riposo ex O.N.P.I. per la durata di tre anni.

Ha, dunque, individuato come criterio di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 23 comma 1° lett. a) del D.Lgs 157/1995 e degli artt. 73 lett. c) e 75 R.D. 23.5.1924 n°827, il criterio del massimo ribasso sul prezzo base d'asta, fissato in £. 250.000.000 annue, oltre IVA

All'esito della procedura di gara, l'appalto de quo è stato aggiudicato alla ditta ****, mentre si è classificata al 2° posto la ditta Iride di Agrigento.

Avverso gli atti di gara ha proposto impugnazione la società ricorrente, che ha articolato le seguenti censure:

violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 14 del D. Lgs. 107/1995;

violazione e falsa applicazione dell'art. 8 comma 4 del D. Lgs. 107/1995;

eccesso di potere per inosservanza del bando di gara, sub art. 3 punto f) art. 4) ed art. 5 punto 7)

eccesso di potere per errata ed illogica valutazione dei fatti e violazione dell'art. 25 comma II° del D. Lgs. 107/1995.

Il ricorso è fondato e, dunque, va accolto.

Segnatamente, condivisibile appare la censura rubricata al punto c) del proposto gravame, nella parte in cui lamenta la violazione del bando di gara, quanto alle prescrizioni di cui al combinato disposto dell'art. 3 lett. f) e dell'art. 5 numero 7).

Sullo specifico punto, vanno, anzitutto, disattese le eccezioni formulate, in rito, dalla parte controinteressata circa l'inammissibilità del gravame, in quanto non proposto, nei termini di rito, avverso il verbale di aggiudicazione provvisoria del 29.5.2001.

In merito, vale osservare, in aderenza ad un autorevole e recente orientamento del CdS (cfr. CdS Sez. V decisione assunta nella c.c. del 16/2/2001 su ricorso 7136/19969) che l'atto di aggiudicazione provvisoria ha valenza endo – procedimentale.

In particolare, com'è noto, la necessità di proporre il ricorso contro l'unico atto conclusivo del procedimento è affermata in modo costante dalla giurisprudenza amministrativa e patisce eccezioni solo in relazione ad atti che presentano immediata ed autonoma lesività, quali le prescrizioni del bando ostative alla partecipazione delle imprese alla gara, gli atti di “arresto procedimentale” ed i provvedimenti di esclusione.

Orbene, secondo i Giudici d'appello, l'effetto di arresto procedimentale non può essere riconnesso alla aggiudicazione provvisoria, che determina solo il contenuto, eventuale, della determinazione finale adottata dall'organo competente.

Al più, ritiene il Collegio, si potrebbe ipotizzare, in capo alle ditte non selezionate, una facoltà aggiuntiva di anticipare, mediante ricorso, la proposizione di motivi di doglianza già spendibili nei confronti dell'atto di aggiudicazione provvisoria, senza però configurare alcuna decadenza, anche in ragione dell'assorbimento dell'atto di aggiudicazione provvisoria in quello di aggiudicazione definitiva, che non può, in ragione dei risvolti di autonoma valutazione ad esso sottesi, essere considerato come atto meramente consequenziale e confermativo.

Nel merito, giusta quanto già sopra evidenziato, sono fondate le doglianze incentrate sulla dedotta violazione dell'art. 3 punto f) e dell'art. 5 punto 7) del bando di gara.

Invero, tale atto, con formulazione chiara ed immediatamente percepibile nel suo esatto significato, ha compiutamente indicato la documentazione da esibire a corredo dell'offerta.

Segnatamente, al punto 3 lett. f) del richiamato articolato, espressamente si richiedeva una “cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo a base d'asta di £. 250.000.000 (euro 129.114.22) annue, per anni tre (totale cauzione provvisoria di £. 15.000.000.000)”.

Orbene, definito nei suddetti termini l'ammontare della cauzione provvisoria richiesta, calcolata in ragione della durata triennale dell'appalto, la disposizione in commento ha indicato anche le modalità con cui era possibile prestare garanzia: “la cauzione potrà essere effettuata oltre che con versamento sul conto corrente....., anche a mezzo di fideiussione bancaria o assicurativa, contenente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale avente validità triennale”.

Una previsione di analogo contenuto risulta, inoltre, posta all'art. 6 del capitolato d'onori.

Infine, l'art. 5 del bando di gara ha espressamente previsto che “si procederà all'esclusione della gara nel caso manchi o risulti incompleto o irregolare alcuno dei documenti richiesti”, tra i quali va annoverato anche il deposito cauzionale, come si evince dal suo inserimento nel paragrafo 3) relativo ai documenti da presentare.

Orbene, alla stregua della lettura combinata della sopra richiamate disposizioni, appare evidente come ogni impresa avrebbe dovuto assolvere all'onere di prestare adeguata garanzia, circa la serietà della propria offerta, documentando un deposito cauzionale sul c/c intestato al Comune ovvero esibendo una polizza fideiussoria contenente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale avente durata triennale.

Viceversa, non appaiono aderenti al dato testuale delle disposizioni in argomento, il cui senso è fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, le osservazioni svolte dalla commissione di gara sulle eccezioni formulate dalla ditta ricorrente e compendiate nel verbale del 17.10.2001.

Segnatamente, al punto a.3), il suddetto organo di valutazione ha ritenuto che la cauzione provvisoria “era richiesta nella misura del 2 % dell'importo dell'appalto e, quindi, del valore complessivo calcolato sulla durata triennale dello stesso e non, viceversa, come ritiene la ricorrente, mediante polizza di durata triennale”.

La suesposta opzione ermeneutica va decisamente respinta, in quanto manifestamente disancorata dal chiaro tenore letterale delle disposizioni in commento, che non lasciano residuare dubbi sul contenuto della prestazione di garanzia richiesta.

Peraltro, il Comune di S. Lucido, non costituito in giudizio, sebbene compulsato con ordinanza n°20/2002, assunta dal Collegio all'udienza del 10.1.2002, non ha fatto pervenire i richiesti chiarimenti, limitandosi a trasmettere la documentazione di gara.

Né è possibile superare il chiaro dato letterale della suindicata prescrizione, privilegiando un'interpretazione adeguatrice, come preteso dalla parte controinteressata.

Com'è noto, la preventiva indicazione della documentazione che le ditte devono esibire a corredo dell'offerta, sotto espressa comminatoria di esclusione, risponde alla salvaguardia della garanzia della par condicio tra le imprese partecipanti alla gara, presidio di trasparenza, di correttezza dello svolgimento della procedura concorsuale ed allo stesso tempo di efficienza dell'azione amministrativa.

Le suddette prescrizioni, una volta assurte a *lex specialis* dell'intera procedura di gara, hanno, dunque, un'efficacia vincolante, oltre che per i concorrenti, anche per la stessa Amministrazione, che non potrebbe, in ragione della pretesa inutilità dello specifico adempimento imposto rispetto agli obiettivi concretamente perseguiti, modificare le condizioni di gara durante l'espletamento della stessa.

Com'è noto, secondo un diffuso ed autorevole orientamento giurisprudenziale, nell'interpretazione delle clausole del bando di gara o della lettera d'invito deve darsi prevalenza all'espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa, diretta ad evidenziare pretesi significati ingeneranti incertezze nell'applicazione (cfr. CdS V Sez. n°5397 del 12 ottobre 2001; cfr. Cons. Giust. Amm. Sic. 19 febbraio 1998 n°52).

Ne discende che, nel caso in cui le prescrizioni del bando di gara d'appalto o della lettera d'invito prevedano espressamente l'esclusione dalla procedura a sanzione della loro inosservanza, anche soltanto formale, l'Amministrazione è tenuta al rispetto della normativa alla quale si è autovincolata e che essa stessa ha emanato sulla base di un giudizio *ex ante* dell'idoneità della singola prescrizione a conseguire finalità rilevanti (cfr. CdS Sez. V n°6250 del 17 dicembre 2001).

Viceversa, il criterio dell'interpretazione teleologica delle clausole del bando, volto a garantire l'interesse della stessa Amministrazione alla massima partecipazione alla procedura selettiva, a mente del quale non tutte le carenze o le insufficienze documentali rispondono ad un apprezzabile interesse dell'Amministrazione, recede di fronte al criterio formale in ragione del suo carattere suppletivo, ove

una determinata formalità sia chiaramente prevista a pena di esclusione (cfr. CdS VI Sez. n°4885 del 17 settembre 2001).

Ad esso, infatti, può ricorrersi nei soli casi in cui la clausola d'esclusione presenti connotati di equivocità che ne rendano non agevole l'interpretazione, laddove, viceversa, in presenza di una clausola espressa ed inequivoca l'esclusione scaturisce in virtù della stessa imperatività della scelta provvedimento operata a monte dall'Amministrazione (cfr. CdS n°601 del 15 novembre 2001; CdS Sez. V c.c. 12 giugno 2001 su ricorso 3724/99).

Tanto in ragione, oltre che di esigenze pratiche di certezza e di celerità, anche della oggettiva necessità di individuare un ragionevole punto di equilibrio fra l'esigenza di garantire la massima partecipazione alla gara ed il rispetto dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa e di parità di condizione tra i concorrenti, che hanno puntualmente rispettato le prescrizioni del bando, assumendone tutti gli oneri (cfr. CdS Sez. V c.c. del 29.5.2001 su ricorso 7344/98).

D'altronde, diversamente opinando, si verificherebbe un'indebita sostituzione del giudice amministrativo alla P.A., con conseguente inammissibile disapplicazione degli atti di gara (cfr. CdS Sez. VI c.c. 26 giugno 2001 n.r.g. 2491/2001; Sez. V 19 febbraio 1998, n°153/97; Sez. VI, 22 maggio 1998 n°801).

Orbene, alla stregua di quanto finora evidenziato, deve ritenersi fondata la doglianza della ditta ricorrente, che lamenta l'ammissione alla gara di imprese concorrenti, ivi compresa la ditta aggiudicataria ***** (*** s.r.l., **** s.n.c., ditta ****, **** s.r.l., **** s.r.l., **** Cooperativa a r.l., C.e.s.a.p., Società Cooperativa *****) nonostante le stesse abbiano esibito polizze fidejussorie di durata inferiore a quella richiesta (tre anni) dal bando e dal capitolato di gara.

Viceversa, l'Amministrazione, dinanzi alle riscontrate difformità e ferme restando le precedenti esclusioni, avrebbe dovuto non ammettere alla gara tali ditte, la cui documentazione non risultava aderente alla prescrizione di cui all'art. 3 lett. f), come sopra interpretato.

Ciò in considerazione del carattere cogente della richiamata clausola, non eliso – in assenza di atti di annullamento – dalla pretesa irragionevolezza che si accompagnerebbe alla preferita interpretazione letterale.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso va accolto e, per l'effetto, s'impone l'annullamento dell'atto impugnato, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Va, viceversa, disattesa l'ulteriore richiesta risarcitoria, avanzata in forma ipotetica nelle conclusioni del proposto gravame, in ragione della mancata allegazione dei danni effettivamente subiti.

Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sez. II, - Catanzaro - ai sensi l'articolo 21 nono comma della legge 6 dicembre 1971, n.1034, nel testo sostituito dall'art. 3, primo comma, della Legge 21 luglio 2000 n. 205, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 9/5/2002.

Il Ref. Estensore

F.to Umberto Maiello

Il Presidente

F.to Francesco Brandileone

F.to Bruno Ionadi Segr.

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il _____ 14 MAG. 2002 _____

Il Segretario

F.to Monterossi