

Cauzione provvisoria : la validità deve coincidere, esattamente, con la richiesta della lex specialis di gara

Legittima l'esclusione se la validità risulta dalla data di presentazione dell'offerta (2 agosto) e non da quella, evidenziata nel bando, di espletamento della gara, coincidente con la seduta pubblica di apertura dei plichi (5 agosto)

Sintesi di T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 31 marzo 2003, n. 583

Parole chiave:

Appalti di lavori/appalti di servizi – cauzione provvisoria – durata – bisogna rispettare i vincoli del bando – inizio di validità dalla data di espletamento della procedura e non da quella di presentazione delle offerte – legittima l'esclusione – l'amministrazione pubblica è autovincolata alle proprie norme

Esito del giudizio:

Il ricorso è fondato in tutti i suoi motivi e deve quindi essere accolto

Il quesito posto dal ricorrente:

Può l'amministrazione pubblica, avendo richiesto nel bando di gara che la durata della cauzione provvisoria fosse "minima di 90 giorni dalla data di espletamento della gara, coincidente con la seduta pubblica di apertura dei plichi, accettare una cauzione la cui durata fosse dalla data di presentazione dell'offerta, sebbene la differenza sia di soli 3 giorni?

La risposta dei giudici:

La risposta è negativa in quanto, le regole fissate nel bando di gara sono vincolanti anche per la stazione appaltante, che deve limitarsi ad applicarle e non può invocare alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione e nella loro attuazione, senza incorrere nella violazione del principio di tutela della par condicio

Conseguenze operative:

Secondo un costante orientamento, le regole fissate nel bando di gara sono vincolanti anche per la stazione appaltante, che deve limitarsi ad applicarle e non può invocare alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione e nella loro attuazione, senza incorrere nella violazione del principio di tutela della par condicio (cfr. CdS 20 dicembre 2002 n.7258).

Nel caso di specie, la lettera di invito ha richiesto ai concorrenti di fornire una garanzia operante per il periodo minimo di novanta giorni dalla data di espletamento della gara. A tale prescrizione, come è stato espressamente riconosciuto dalla commissione di gara, non risponde il deposito cauzionale offerto dalla controinteressata, che presenta una validità minima di novanta giorni dalla data (anteriore) di presentazione dell'offerta e implica, quindi, una scadenza anticipata rispetto a quella prescritta di 90 giorni decorrenti dal 5 agosto 2002.

Diversamente da quanto sostenuto dalle parti resistenti, una garanzia operante per almeno novanta giorni dalla presentazione dell'offerta non obbliga il fideiussore a protrarre la copertura oltre la scadenza di quel termine, con la conseguenza che la garanzia prestata, pur avendo una durata corrispondente a quella minima di 90 giorni, ha tuttavia una validità riferita ad un periodo inferiore rispetto a quello richiesto nella lettera di invito e non soddisfa le condizioni stabilite dalle norme di gara

Di Sonia LAZZINI

T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 31 marzo 2003, n. 583

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3a ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 2680/02, proposto da

****s.p.a

contro

comune di MILANO

e nei confronti di

**** s.p.a.

per l'annullamento

-del verbale del 5 agosto 2002, del provvedimento 29 agosto 2002 di aggiudicazione a **** s.p.a del servizio di sorveglianza diurna/notturna presso lo stabile di via Pirelli 39, di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi;

visto il ricorso notificato in data 13/17 settembre 2002 e depositato in data 26 settembre 2002;

visti gli atti di costituzione in giudizio del comune di Milano e di **** s.p.a;

viste le memorie difensive delle parti;

visti gli atti tutti della causa;

uditi alla pubblica udienza del 12 marzo 2003, relatore il cons. Domenico Giordano, l'avv. Monico, in delega, per la ricorrente e gli avv.ti Moramarco e Maffey per il comune di Milano;

ritenuto quanto segue in:

F A T T O e D I R I T T O

1) La società ricorrente ha partecipato alla gara indetta dal comune di Milano a mezzo di licitazione privata, per l'affidamento del servizio di sorveglianza diurna e notturna presso lo stabile di via Pirelli 39 a mezzo di guardie giurate per il periodo 1.5.2002 - 30.4.2005, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa..

La disciplina di gara, per quanto di interesse nella presente controversia, stabiliva:

-a pena di esclusione, che la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa, per la costituzione del deposito cauzionale provvisorio, "devono avere validità minima di 90 giorni dalla data di espletamento della gara, coincidente con la seduta pubblica di apertura dei plichi", fissata per il 5 agosto 2002, (lettera di invito);

-che, ai fini della valutazione del progetto tecnico, sarebbero stati tra l'altro considerati:

a) il possesso di certificazione di qualità aziendale della serie UNI ISO 9001;

b) la disponibilità di "sistemi e attrezzature personali che consentono agli agenti la comunicazione tempestiva con la centrale di controllo per l'invio di segnali d'allarme, sia automatici che con sistema manuale". A tal fine il capitolato speciale, nella sezione seconda, ha precisato che "saranno punteggiate solo le apparecchiature in dotazione agli agenti in servizio per ogni turno di lavoro nella misura di due punti per ogni apparecchio".

Nel corso delle operazioni di gara la commissione giudicatrice, dopo aver superato iniziali perplessità circa la regolarità del deposito cauzionale della **** s.p.a che sembrava non garantire la durata minima prescritta dal bando, ammetteva le tre imprese partecipanti e, in esito alla valutazione dei relativi progetti tecnici, procedeva alla formazione della graduatoria definitiva, che vedeva in posizione di parità (con 100 punti) **** s.p.a e **** s.p.a., entrambe seguite da Cittadini dell'ordine s.p.a (con 70 punti). Ciò rendeva necessario procedere alle operazioni di sorteggio, che risultavano favorevoli a **** s.p.a.

Il Settore competente, cui erano stati trasmessi gli atti di gara per l'approvazione, riscontrava la necessità di eseguire alcune verifiche in merito al certificato di qualità UNI ISO 9001 esibito dalla provvisoria aggiudicataria; in particolare, con raccomandata del 23 agosto 2002, richiedeva a **** s.p.a di produrre la certificazione in copia resa conforme all'originale, nonché di specificare se il certificato esibito, intestato a **** GROUP con sede in Como, fosse riferibile anche a **** s.p.a e alla sede operativa di Milano, deputata all'espletamento del servizio appaltato. Analoghi chiarimenti venivano richiesti anche all'ANCIS, ente certificatore del sistema di qualità dell'impresa.

In esito alle precisazioni ricevute, la stazione appaltante riteneva adeguatamente valutata la posizione della società e, con determinazione dirigenziale del 29 agosto 2002, disponeva l'aggiudicazione definitiva del servizio in favore di **** s.p.a..

2) Con il ricorso in epigrafe la **** s.p.a. ha impugnato gli atti della procedura di gara e la disposta aggiudicazione, deducendo le censure seguenti: la polizza fideiussoria presentata dalla società aggiudicataria non garantisce la durata minima di novanta giorni dalla data di espletamento della gara. Essa quindi non rispetta una condizione prescritta dal bando a pena di esclusione, con conseguente inammissibilità dell'offerta (1° motivo); la commissione non poteva assegnare all'aggiudicataria alcun punteggio per il sistema di qualità, in quanto il certificato prodotto in copia semplice non risponde ai requisiti di forma ed è riferito a soggetto (**** Group) diverso dall'offerente e attivo non nel settore della vigilanza, ma della compravendita immobiliare e di titoli azionari. Inoltre, è stato consentito a **** di integrare la documentazione mancante, con conseguente inammissibile dilatazione dei termini prescritti per formulare l'offerta, in violazione del principio della par condicio dei concorrenti (2° motivo); il riconoscimento in favore di **** del punteggio massimo per la valutazione dei "sistemi, mezzi e attrezzature" è illogico, in quanto attribuisce rilievo anche agli apparecchi in dotazione degli agenti non impiegati in turni di servizio, finendo così per premiare indebitamente una metodologia del servizio caratterizzata da una minore presenza di apparecchiature tecnologiche presso l'obiettivo da vigilare (3° motivo).

Si sono costituite in giudizio le parti intimare, che deducono l'infondatezza del gravame.

Con ordinanza n.2609 del 10 ottobre 2002 la Sezione ha accolto la domanda cautelare e fissato l'udienza di trattazione. La pronuncia veniva confermata, in appello, con l'ordinanza n.5456/02.

Tutte le parti hanno prodotto memorie per illustrare le rispettive posizioni.

All'udienza odierna il ricorso veniva trattenuto dal collegio per la decisione.

3) Con il primo motivo di censura la ricorrente sostiene che la società risultata aggiudicataria del servizio doveva essere esclusa dalla procedura di gara per aver presentato una cauzione provvisoria avente validità inferiore al termine minimo richiesto dalla lettera di invito.

La censura è fondata.

La lettera di invito alla procedura in questione ha stabilito che per poter partecipare alla gara i concorrenti dovevano presentare, a pena di esclusione, un deposito cauzionale provvisorio che poteva essere costituito anche mediante polizza assicurativa o fideiussione bancaria, aventi validità minima di 90 giorni dalla data della seduta pubblica di apertura dei plichi, fissata per il giorno 5 agosto 2002.

La società odierna controinteressata ha invece presentato una fideiussione bancaria avente validità "per almeno 90 giorni dalla data di presentazione dell'offerta". In tal modo la polizza ha individuato quale termine di decorrenza iniziale della garanzia la data del 2 agosto 2002 e previsto, quindi, una

copertura complessiva inferiore a quella minima prescritta dal disciplinare di gara di 90 giorni dal 5 agosto 2002.

Al riguardo la commissione giudicatrice, pur rilevando che “l’ enunciato problema sarebbe relativo a pochi giorni”, ha ritenuto ammissibile l’ offerta “in considerazione della forma almeno 90 giorni”. Anche le difese resistenti hanno fatto leva sul significato da attribuire all’ espressione avverbiale “almeno”, da considerare equivalente a “come minimo”, per sostenere la conformità del deposito cauzionale alla disciplina di gara.

Simili argomentazioni non possono essere condivise.

Secondo un costante orientamento, le regole fissate nel bando di gara sono vincolanti anche per la stazione appaltante, che deve limitarsi ad applicarle e non può invocare alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione e nella loro attuazione, senza incorrere nella violazione del principio di tutela della par condicio (cfr. CdS 20 dicembre 2002 n.7258).

Nel caso di specie, la lettera di invito ha richiesto ai concorrenti di fornire una garanzia operante per il periodo minimo di novanta giorni dalla data di espletamento della gara. A tale prescrizione, come è stato espressamente riconosciuto dalla commissione di gara, non risponde il deposito cauzionale offerto dalla controinteressata, che presenta una validità minima di novanta giorni dalla data (anteriore) di presentazione dell’ offerta e implica, quindi, una scadenza anticipata rispetto a quella prescritta di 90 giorni decorrenti dal 5 agosto 2002.

Diversamente da quanto sostenuto dalle parti resistenti, una garanzia operante per almeno novanta giorni dalla presentazione dell’ offerta non obbliga il fideiussore a protrarre la copertura oltre la scadenza di quel termine, con la conseguenza che la garanzia prestata, pur avendo una durata corrispondente a quella minima di 90 giorni, ha tuttavia una validità riferita ad un periodo inferiore rispetto a quello richiesto nella lettera di invito e non soddisfa le condizioni stabilite dalle norme di gara.

In contrario non può fondatamente sostenersi che la *lex specialis* ha previsto l’ esclusione dalla gara soltanto per il caso che venga a mancare del tutto il versamento del deposito cauzionale e non anche con riguardo alla durata minima della garanzia fideiussoria.

Le modalità di costituzione del deposito cauzionale sono state fissate in termini idonei a vincolare i concorrenti al rispetto degli adempimenti previsti a pena di esclusione; ciò può evincersi dal richiamo, più volte ripetuto nella lettera di invito e all’ art.4 del CSA, a condizioni doverose e non derogabili (“devono avere validità minima di 90 giorni dalla data di apertura dei plichi”), la cui inosservanza si traduce in causa di esclusione dalla procedura di gara, essendo l’ amministrazione tenuta a rispettare la normativa alla quale si è autovincolata, a garanzia del principio di imparzialità e a tutela dei concorrenti che si sono attenuti al puntuale adempimento delle regole di gara.

E del resto, la formalità prescritta nella lettera di invito corrisponde all’ interesse sostanziale della stazione appaltante per il proficuo svolgimento della gara ed è altresì disposta a garanzia della par condicio dei concorrenti, per cui il mancato rispetto di essa, anche a voler prescindere dalla presenza dell’ espressa comminatoria di esclusione che è contenuta nella lettera di invito, deve essere sanzionata con la non ammissione dell’ offerta irregolare.

Né vale invocare il principio in base al quale in sede di gara occorre favorire la massima partecipazione delle ditte concorrenti, trattandosi di un criterio ermeneutico meramente sussidiario rispetto a quello che impone di attenersi alla lettera della *lex specialis* e di garantire la tutela della parità di condizioni tra i concorrenti stessi.

L'offerta presentata da **** s.p.a doveva quindi essere esclusa dalla procedura, con la conseguenza che l'aggiudicazione del servizio è stata illegittimamente disposta in favore della società controinteressata.

(...)

6) In conclusione, il ricorso è fondato in tutti i suoi motivi e deve quindi essere accolto.

Sussistono comunque validi motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di giudizio fra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione terza, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2680/02 così dispone:

-accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati;

-compensa integralmente le spese tra le parti.

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

Così deciso in Milano il 12 marzo 2003