

La cauzione provvisoria costituisce un elemento essenziale della domanda di partecipazione alle gare pubbliche, richiesto a garanzia della sua serietà: ne discende che la stessa non può in alcun modo essere alterata, a pena della violazione del principio della par condicio.

La facoltà della stazione appaltante di invitare le imprese concorrenti ad una gara a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, dei documenti e delle dichiarazioni da esse prodotti non deve tradursi in un'indebita sostituzione della stazione appaltante alla diligenza esigibile, da parte di tutti i concorrenti alla procedura selettiva, nella completezza della documentazione presentata a corredo dell'offerta

Il Tar Liguria, sezione di Genova, con la sentenza numero 310 del 22 febbraio 2005 ci fornisce un importante principio in merito alla possibilità in capo alle Stazioni appaltanti di richiedere l'integrazione di documentazione.

Si legge infatti nell'emarginata sentenza:

<la facoltà della stazione appaltante di invitare le imprese concorrenti ad una gara a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, dei documenti e delle dichiarazioni da esse prodotti – facoltà di cui è espressione anche l'art. 15 comma 1 D. Lgs. 24.7.1992, n. 358 – non deve tradursi in un'indebita sostituzione della stazione appaltante alla diligenza esigibile, da parte di tutti i concorrenti alla procedura selettiva, nella completezza della documentazione presentata a corredo dell'offerta,

ed incontra il duplice limite

- √ che l'integrazione riguardi atti già esibiti o requisiti già posseduti alla scadenza del termine per la loro presentazione, quando il loro contenuto sia perplesso, non immediatamente riconoscibile o affetto da errore rilevante e riconoscibile (T.A.R. Lazio, III, 23.7.2004, n. 7288), e, soprattutto,
- √ che si riferisca esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica, non potendo in ogni caso mai riguardare gli elementi costitutivi dell'offerta (cfr., con specifico riferimento all'integrazione della cauzione provvisoria: Cons. di St., V, 17.7.2004, n. 5142; T.A.R. Marche, 28.10.2003, n. 1281; T.A.R. Veneto, I, 4.11.2002, n. 6191) o dichiarazioni richieste ad altri fini.>

da qui viene quindi sancito che <a fronte dell'insufficienza del deposito cauzionale provvisorio cumulativamente prodotto ricorrente a corredo dell'offerta per i lotti nn. 12.1, 12.2, 12.4 e 12.5, per i quali aveva chiesto di partecipare, la sua esclusione dalla gara si poneva, a termini della lex specialis, come atto necessitato, sicché illegittimamente l'amministrazione non ha proceduto in tal senso>

ma non solo.

L'adito giudice ligure sottolinea inoltre che nei confronti dell'aggiudicataria la situazione risulta diversa : <Vero è che anche la società risultata aggiudicataria dell'appalto ha – secondo quanto dedotto con il secondo motivo del ricorso principale - originariamente presentato una cauzione provvisoria insufficiente ed ha provveduto ad integrarla successivamente, a seguito dell'apposito invito in tal senso dell'amministrazione precedente.

Tuttavia, la situazione delle due concorrenti è sostanzialmente diversa, giacché la controinteressata gode della posizione di vantaggio costituita in suo favore dal provvedimento di aggiudicazione qui impugnato, a conservazione della quale ha per l'appunto proposto, secondo le finalità, i termini e le forme consentite dall'ordinamento, rituale ricorso incidentale>

In conclusione quindi:

<il ricorso incidentale è fondato, con conseguente annullamento dell'ammissione alla gara della ricorrente principale., che doveva essere esclusa fin dalla fase di verifica della documentazione per aver prodotto una cauzione provvisoria di importo insufficiente >

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA LIGURIA
SECONDA SEZIONE
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1389/04 R.G.R. proposto da **** s.p.a., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Guido Salvadori del Prato, Eugenio Segalerba e Maria Pia Cappa ed elettivamente domiciliata presso quest'ultima in Genova, alla via Roma 6/9,

ricorrente –
contro

l'Azienda U.S.L. n. 3 Genovese, rappresentata e difesa dal Prof. Avv. Piergiorgio Alberti ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Genova, alla via Corsica 2,

resistente –
e nei confronti di

**** s.p.a., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Luigi Cocchi, Mario Sanino e Riccardo Arbib ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Genova, alla via Macaggi 21/5,

- controinteressata, ricorrente incidentale -

per l'annullamento

del provvedimento n. 943 del 13 luglio 2004, pubblicato dal 22 luglio al 4 agosto 2004 e pervenuto all'esponente il 2 agosto 2004, con il quale, nell'ambito di una gara bandita per la fornitura di sistemi di diagnostica per i laboratori di analisi dell'Azienda U.S.L. n. 3, è stato aggiudicato il lotto n. 12.2 alla controinteressata **** s.p.a.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione prodotta dall'Azienda U.S.L. n. 3 Genovese;

Visto il controricorso con ricorso incidentale prodotto dalla controinteressata **** s.p.a.;

Viste le memorie illustrative prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 16 febbraio 2005, relatore il referendario Avv. Angelo Vitali, l'Avv. Guido Salvadori del Prato per la ricorrente, l'Avv. Elisa Moro in sostituzione dell'Avv. Prof. Piergiorgio

Alberti per l'amministrazione resistente nonché l'Avv. Silvio Quaglia in sostituzione dell'Avv. Luigi Cocchi per la società controinteressata;

Ritenuto e considerato quanto segue:

ESPOSIZIONE DEL FATTO

Con ricorso ritualmente notificato il 12 ottobre 2004 e depositato il 18 ottobre 2004, la società **** s.p.a. ha impugnato l'atto in epigrafe indicato, nella parte in cui l'Azienda U.S.L. n. 3 ha aggiudicato alla controinteressata **** s.p.a. il lotto n. 12.2 della gara per la fornitura di sistemi di diagnostica per i propri laboratori di analisi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente premette che il bando di gara richiedeva per ogni lotto, a pena di esclusione, la prestazione di una cauzione provvisoria nella misura di un trentesimo dell'importo a base d'asta e pertanto, con riferimento al lotto n. 12.2, una cauzione di € 53.500,00 (ammontando ad € 1.605.000,00 l'importo a base d'asta).

Espone quindi che, nella seduta del seggio di gara dell'1.8.2003, dedicata all'apertura della documentazione amministrativa, sarebbe emerso che la controinteressata **** s.p.a. aveva presentato, per il lotto n. 12.2, una cauzione provvisoria insufficiente (€ 41.456,00), successivamente rivelatasi corrispondente ad un trentesimo della propria offerta economica.

L'Amministrazione resistente, invece di procedere alla doverosa esclusione dalla gara della controinteressata, le avrebbe inammissibilmente consentito di integrare la documentazione avvalendosi del disposto dell'art. 15 del D. Lgs. 24.7.1992, n. 358.

Tanto premesso in punto di fatto, a sostegno dell'impugnazione la ricorrente deduce due motivi di ricorso.

Con il primo mezzo di gravame si duole che la controinteressata **** s.p.a., prestando una cauzione commisurata ad un trentesimo della propria offerta economica anziché dell'importo a base d'asta, avrebbe reso anticipatamente conoscibile la propria offerta, violando i principi di segretezza, imparzialità e par condicio tra i concorrenti ad una pubblica gara.

Con il secondo motivo deduce la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, che, nel combinato disposto della lettera di invito e dell'art. 4 del capitolato speciale, comminava l'esclusione per il caso di prestazione di una cauzione insufficiente.

Si è costituita l'Azienda U.S.L. n. 3 Genovese, che ha svolto eccezioni preliminari ed ha controdedotto sui singoli motivi di ricorso, chiedendone la dichiarazione di irricevibilità o inammissibilità e, nel merito, la reiezione.

Si è costituita in giudizio anche la società controinteressata **** s.p.a., che, con atto notificato a tutte le parti in data 29.10.2004 e depositato il successivo 2.11.2004, ha controdedotto sui singoli motivi del ricorso principale ed ha spiegato ricorso incidentale, impugnando a sua volta gli atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione di **** s.p.a., che aveva a sua volta presentato una cauzione provvisoria insufficiente (primo motivo del ricorso incidentale) ed aveva prodotto in allegato all'offerta il capitolato speciale di fornitura privo, nelle pagine da 13 a 40, della sottoscrizione del legale rappresentante (secondo motivo del ricorso incidentale).

E' accaduto infatti che **** s.p.a. ha presentato, cumulativamente, un'unica cauzione provvisoria di € 150.000,00 per tutti i lotti n. 12.1, 12.2, 12.4 e 12.5, per i quali ha chiesto di partecipare.

Poiché tuttavia tale cauzione risultava insufficiente in relazione alla somma degli importi a base d'asta dei singoli lotti, con nota 11.8.2003 l'Azienda U.S.L. la invitava a integrare il deposito cauzionale o, in alternativa, a dichiarare per quali tra i lotti in questione intendesse partecipare, compatibilmente con il deposito cauzionale già prodotto (doc. n. 7 dell'amministrazione resistente).

Con nota 1.9.2003 **** dichiarava di presentare l'offerta per i lotti n. 12.1, 12.2 e 12.4, di fatto rinunciando all'offerta presentata per il lotto n. 12.5 (doc. n. 8 dell'amministrazione resistente).

Entrambe le offerte di **** s.p.a. e di **** s.p.a. venivano ammesse e, con il provvedimento impugnato n. 943 del 13.7.2004, all'esito del procedimento di gara il contratto di fornitura veniva aggiudicato ad **** s.p.a..

Con ordinanza n. 726/04, emessa nella camera di consiglio del 3 novembre 2004, questa Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 16 febbraio 2005 il ricorso è stato trattenuto dal Collegio per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Riveste carattere preliminare l'esame del ricorso incidentale spiegato dalla controinteressata **** s.p.a.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, le questioni dedotte con il ricorso incidentale debbono essere decise con precedenza rispetto a quelle sollevate con il ricorso principale, tutte le volte che dalla definizione delle prime possa discendere l'inammissibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza dell'interesse a ricorrere (cfr. Cons. di St., V, 28.5.2004, n. 3456; id., 25.3.2002, n. 1695; T.A.R. Toscana, II, 22.7.2002, n. 1591).

Nell'ambito del contenzioso in materia di pubbliche gare si verifica tale situazione allorché il ricorrente principale contesti l'aggiudicazione in favore del controinteressato e quest'ultimo faccia valere, in via di ricorso incidentale, una causa di esclusione a carico dello stesso ricorrente principale.

In tal caso, la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe automaticamente e definitivamente la possibilità, per l'impresa ricorrente, di veder valutata la propria offerta in comparazione con quelle concorrenti, e quindi in definitiva di conseguire il bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto, sì da legittimare una pregiudiziale declaratoria in rito di improcedibilità sopravvenuta del ricorso per carenza di interesse.

L'eventuale accoglimento del ricorso incidentale si riverbera direttamente sulla configurazione dell'interesse a ricorrere in via principale, e quindi sull'esistenza di una condizione dell'azione che, come tale, dev'essere verificata dal giudice pregiudizialmente all'esame nel merito dello stesso ricorso principale (Cons. di St., V, 23.8.2004, n. 5583; T.A.R. Campania Napoli, II, 25.2.2003, n. 1734; T.A.R. Puglia Bari, I, 9.3.2004, n. 1124).

Come esposto in narrativa, con il ricorso incidentale la società controinteressata **** s.p.a. ha dedotto l'inammissibilità dell'offerta presentata dalla ricorrente principale, per avere essa a sua volta presentato una cauzione provvisoria insufficiente (primo motivo del ricorso incidentale) e per aver prodotto in allegato all'offerta il capitolato speciale di fornitura privo della sottoscrizione del legale rappresentante nelle pagine da 13 a 40 (secondo motivo del ricorso incidentale).

Il primo motivo del ricorso incidentale è fondato.

In punto di fatto è pacifico in causa che entrambe le imprese, uniche concorrenti in gara per l'aggiudicazione del lotto n. 12.2, abbiano originariamente prodotto un deposito cauzionale di importo insufficiente e che, soltanto a seguito di un apposito invito dell'amministrazione, abbiano provveduto ad integrarlo.

Ciò posto, ritiene il Collegio che non siano decisive le diverse modalità con le quali le due imprese hanno concretamente disposto l'integrazione della cauzione provvisoria: anche la semplice rinuncia alla partecipazione ad un lotto determina, infatti, una oggettiva modificazione della originaria domanda di partecipazione, operando un spostamento ed una diversa distribuzione del deposito cauzionale relativo ai singoli lotti.

Orbene, la cauzione provvisoria costituisce un elemento essenziale della domanda di partecipazione alle gare pubbliche, richiesto a garanzia della sua serietà: ne discende che la stessa non può in alcun modo essere alterata, a pena della violazione del principio della par condicio.

In particolare, come più volte chiarito dalla giurisprudenza, la facoltà della stazione appaltante di invitare le imprese concorrenti ad una gara a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, dei documenti e delle dichiarazioni da esse prodotti – facoltà di cui è espressione anche l'art. 15 comma 1 D. Lgs. 24.7.1992, n. 358 – non deve tradursi in un'indebita sostituzione della stazione appaltante alla diligenza esigibile, da parte di tutti i concorrenti alla procedura selettiva, nella completezza della documentazione presentata a corredo dell'offerta, ed incontra il duplice limite che l'integrazione riguardi atti già esibiti o requisiti già posseduti alla scadenza del termine per la loro presentazione, quando il loro contenuto sia perplesso, non immediatamente riconoscibile o affetto da errore rilevante e riconoscibile (T.A.R. Lazio, III, 23.7.2004, n. 7288), e, soprattutto, che si riferisca esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica, non potendo in ogni caso mai riguardare gli elementi costitutivi dell'offerta (cfr., con specifico riferimento all'integrazione della cauzione provvisoria: Cons. di St., V, 17.7.2004, n. 5142; T.A.R. Marche, 28.10.2003, n. 1281; T.A.R. Veneto, I, 4.11.2002, n. 6191) o dichiarazioni richieste ad altri fini.

Ne discende che, a fronte dell'insufficienza del deposito cauzionale provvisorio cumulativamente prodotto da **** a corredo dell'offerta per i lotti nn. 12.1, 12.2, 12.4 e 12.5, per i quali aveva chiesto di partecipare, la sua esclusione dalla gara si poneva, a termini della lex specialis, come atto necessitato, sicché illegittimamente l'amministrazione non ha proceduto in tal senso.

Vero è che anche la società risultata aggiudicataria dell'appalto ha – secondo quanto dedotto con il secondo motivo del ricorso principale - originariamente presentato una cauzione provvisoria insufficiente ed ha provveduto ad integrarla successivamente, a seguito dell'apposito invito in tal senso dell'amministrazione precedente.

Tuttavia, la situazione delle due concorrenti è sostanzialmente diversa, giacché **** s.p.a. gode della posizione di vantaggio costituita in suo favore dal provvedimento di aggiudicazione qui impugnato, a conservazione della quale ha per l'appunto proposto, secondo le finalità, i termini e le forme consentite dall'ordinamento, rituale ricorso incidentale.

Concludendo, il ricorso incidentale è fondato, con conseguente annullamento dell'ammissione alla gara della ricorrente principale **** s.p.a., che doveva essere esclusa fin dalla fase di verifica della documentazione per aver prodotto una cauzione provvisoria di importo insufficiente.

Per l'effetto, il ricorso principale prodotto dalla società **** s.p.a. dev'essere dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse a ricorrere, condizione dell'azione venuta meno proprio in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale.

Sussistono comunque giusti motivi, in relazione alla singolarità della vicenda, per compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, Sezione seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova, nella Camera di Consiglio del 16 febbraio 2005.

Mario AROSIO Presidente

Angelo VITALI Referendario, estensore.

Depositato in Segreteria il 22 FEB. 2005

p. Il Direttore di Segreteria

(Dott.ssa C. Savino)

L'Assistente Amministrativo

(Dott. TerenzioTemperanza)

N. 1389/04 R.G.R.