

N. 1018 Reg. Gen.
ANNO 2006

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nel procedimento relativo al ricorso n. 1018/06, Sezione III, proposto dall'Impresa "Costruzioni e Consolidamenti *** di *** Luciano & C. S.a.s.", con sede in Favara (AG), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Vincenzo Mula, elettivamente domiciliato in Palermo, Via Goethe n. 22, presso lo studio dell'Avv. Eros Badalucco;

C O N T R O

- il Comune di Porto Empedocle, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Cirino Gallo, presso il cui studio in Palermo, Via Notarbartolo n. 7, è elettivamente domiciliato

E NEI CONFRONTI

della ditta *** srl, con sede in Agrigento, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di gara del 3-6-7-8 marzo 2006 di aggiudicazione lavori di manutenzione straordinaria delle vie del centro urbano;
- del verbale di consegna dei lavori sotto riserva redatto in data 22.3.2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato con le relative deduzioni difensive;

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

Vista l'ordinanza collegiale istruttoria n.1109/06 e visti i relativi adempimenti;

Vista l'ordinanza n.1318/06 di accoglimento dell'istanza cautelare;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore alla pubblica udienza del 30 gennaio 2007 il Referendario Mara Bertagnolli ed uditi i procuratori delle parti, come da verbale;

FATTO

Con bando di gara del 23 gennaio 2006, il Comune di Porto Empedocle indiceva una gara per pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di "manutenzione straordinaria delle vie del centro urbano", per un importo a base d'asta di 351.140,00 euro, esclusi oneri di sicurezza per 10.860 euro (non soggetti a ribasso), da esperirsi con la procedura di gara disciplinata dall'art. 20, comma 1, della legge 109/94, come recepito dalle L.R. n. 7/02, 7/03 e 16/05 e con il criterio di aggiudicazione di cui all'art. 21, commi 1 e 1 bis della legge 109/94.

Tale bando prevedeva, all'art. 8 (cauzione) che: "l'offerta dei concorrenti deve essere, a pena di esclusione, corredata da una cauzione provvisoria resa nella misura e nei modi previsti dall'art. 30, commi 1 ed 1 bis della legge 109/94, come recepita dalle LL.RR. 7/2002 e 7/2003, come modificata dall'art. 1 comma 11 della L.R. n. 16 del 29/11/2005 pubblicata in G.U.R.S. n. 52 del 02/12/2005 e precisamente: a) di una cauzione pari al 2 per cento (di euro 7.240,00) dell'importo

dei lavori a base d'asta compresi gli oneri di sicurezza, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale.”.

Con ricorso ritualmente notificato il 2 maggio 2006 e depositato il successivo 15 maggio 2006, l'impresa *** C.s.a. espone quanto segue:

- individuata la media di aggiudicazione in 7,273459 %, il seggio di gara aggiudicava la stessa all'impresa ***. s.r.l., la quale aveva presentato un'offerta del 7,269 %, ma ciò solo in quanto l'offerta della ***, pari al 7,272 % era stata esclusa a causa della pretesa incapienza della cauzione prestata, pari a 7.057, 91 euro e quindi di importo inferiore a quanto previsto dal bando;

- tale esclusione non teneva però conto del fatto che lo stesso bando, nel prosieguo, prevedeva la possibilità della riduzione della cauzione e della garanzia fideiussoria del 50% per le imprese in possesso della certificazione di qualità;

- l'impresa ricorrente era in possesso della certificazione di qualità, chiaramente evidenziata nell'attestazione di qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici S.O.A. depositata in allegato alla domanda di partecipazione e per tale ragione essa aveva ritenuto di poter presentare una cauzione ridotta (ancorché superiore al 50 %).

Ciò premesso, l'impresa ***, atteso che essa, se riammessa alla gara, risulterebbe senz'altro aggiudicataria della medesima, ha proposto ricorso giurisdizionale al fine di ottenere l'annullamento, in quanto illegittimi, del verbale di aggiudicazione della gara in parola e del successivo verbale di consegna dei lavori.

Avverso tali provvedimenti sono stati dedotti con un unico motivo le seguenti censure: violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 11 quater della legge 109/94 – eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità – violazione dei principi a tutela della trasparenza delle operazioni di gara e della par condicio dei concorrenti.

Secondo parte ricorrente, in presenza della certificazione di qualità, infatti, l'impresa concorrente avrebbe automaticamente diritto alla riduzione della cauzione, senza che sia presentata alcuna specifica documentazione, mentre non costituirebbe comunque causa di invalidità dell'offerta l'ammontare ridotto della garanzia rispetto a quanto indicato dal bando. Per tali ragioni la ricorrente non poteva essere esclusa a causa del solo fatto di aver presentato una garanzia inferiore al 2 % dell'importo a base d'asta comprensivo degli oneri di sicurezza, avvalendosi della facoltà di riduzione connessa al possesso della certificazione di qualità.

Del resto – sostiene ancora - parte ricorrente - lo stesso testo del bando non sarebbe stato invero chiaro. Al punto 8) (Cauzione), esso si limita a fissare la misura della cauzione al 2%. Solo al successivo punto 16), dedicato alle “altre informazioni”, alla lettera g) è prevista l'applicazione all'appalto in questione del beneficio della riduzione del 50 % della cauzione e della polizza fidejussoria secondo quanto previsto dall'art. 8, comma 11 quater della l. 109/94 e della normativa regionale che tale disposizione ha recepito.

Ciò avrebbe ingenerato quell'incertezza nella formulazione della domanda e nella determinazione della misura della cauzione provvisoria dovuta che, secondo gli ormai fermi principi individuati dalla giurisprudenza, giustificerebbe l'interpretazione della clausola ambigua nel senso di ammettere la massima partecipazione alla gara.

Si è costituito in giudizio il Comune di Porto Empedocle, depositando memoria con cui ha chiesto il rigetto del ricorso siccome infondato sull'assunto che il seggio di gara si sarebbe attenuto pedissequamente al bando e che, comunque, il beneficio della riduzione della cauzione non avrebbe potuto essere riconosciuto in mancanza di un'apposita richiesta in tal senso.

In esito all'istanza istruttoria formulata dalla ricorrente, il Collegio disponeva l'acquisizione di copia delle polizze prodotte dalle altre imprese che avevano presentato domanda di partecipazione alla gara beneficiando della riduzione della cauzione.

Dall'esame della documentazione prodotta emergeva come anche altre concorrenti si erano avvalse della riduzione della cauzione, pur senza dichiarare espressamente di volersi avvalere del beneficio.

Con ordinanza n.1318 del 22 novembre 2006 è stata accolta l'istanza cautelare, con contestuale fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art.23 bis L.1034/1971.

In vista dell'udienza entrambe le parti hanno prodotto memorie.

A fronte delle risultanze istruttorie parte ricorrente ha ribadito, anche in ragione di ciò, l'illegittimità del comportamento tenuto dalla pubblica amministrazione nella misura in cui l'impresa ***, a differenza delle altre ditte, è stata esclusa dalla gara per insufficienza della cauzione prodotta.

Il Comune ha invece sostenuto che la mancata presentazione di motivi aggiunti per ottenere l'esclusione delle ditte ammesse nonostante la automatica riduzione della cauzione, dimostrerebbe una carenza di interesse della ricorrente.

Alla pubblica udienza del 30 gennaio 2007, la causa su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

In data 5 febbraio 2007 è stato pubblicato, come per legge, il dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

Il ricorso deve essere accolto, in quanto fondato.

In punto di fatto è incontestato che la ricorrente ha presentato una cauzione ridotta, pur senza allegare una dichiarazione in cui fosse dato esplicitamente atto della volontà di avvalersi della facoltà di riduzione delle garanzie che la legge collega al possesso della certificazione di qualità; facoltà che, nel caso di specie, era specificamente ammessa dalla lett. g) del punto 16 – rubricato "altre informazioni" - del bando di gara.

È altresì incontestato che l'impresa "Costruzioni e Consolidamenti *** di *** Luciano & C. S.a.s." era, al momento della partecipazione alla gara, in possesso della certificazione di qualità e che di tale circostanza era stato dato specificamente atto nel certificato S.O.A. prodotto in allegato alla domanda. Il possesso dei requisiti per accedere alla riduzione della cauzione era quindi documentale e documentato.

Secondo parte della giurisprudenza, pur dovendosi ritenere che il beneficio della riduzione della cauzione operi indipendentemente da un'espressa previsione da parte della "lex specialis" di gara, ciononostante sarebbe comunque necessaria una manifestazione di volontà espressa ed inequivoca da parte dell'impresa di volersi avvalere della riduzione; "dichiarazione in mancanza della quale, infatti, la stazione appaltante si troverebbe di fronte ad una garanzia di importo ingiustificatamente

dimezzato, circostanza che, oggettivamente considerata, integrerebbe addirittura gli estremi di una legittima causa di esclusione” (T.A.R. Campania, Napoli, I, 28 giugno 2005, n. 8841). Peraltro nella medesima pronuncia ora citata si sostiene anche che “trattandosi di un beneficio operante solo in presenza della certificazione di qualità, l'impresa che intenda avvalersene ha l'onere di dimostrare documentalmente il possesso di tale requisito.”.

A parere del Collegio, però, se è pur vero che “la presentazione di una cauzione di importo dimezzato, priva di qualsivoglia giustificazione che valga a ricondurla nell'ambito delle eccezioni previste dall'ordinamento, equivale al non inserimento della completa documentazione richiesta” (cfr Cons. St., V, 10 marzo 2003, n. 1297), tuttavia la produzione, in allegato alla domanda di partecipazione alla gara, della certificazione SOA, riportante la specifica dicitura che attesta il possesso della certificazione di qualità, deve da solo ritenersi sufficiente ai fini di integrare la manifestazione di volontà di avvalersi della riduzione della cauzione.

Ciò in linea con quanto affermato anche dal Consiglio di Stato, decisione della Sez., V, 14 ottobre 2003 n. 6280, secondo cui il possesso della certificazione di qualità e il conseguente diritto alla riduzione della cauzione può essere dimostrato “mediante produzione dell'attestazione SOA munita della indicazione del possesso di tale certificazione ovvero mediante autocertificazione, da cui risultasse che l'attestazione SOA dichiarava anche il possesso della certificazione di qualità aziendale”.

Una tale interpretazione, più sostanziale che formalistica, appare conforme anche al principio secondo cui “l'inosservanza delle prescrizioni del bando o della lettera d'invito circa le modalità di presentazione delle offerte implica l'esclusione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti” (Cons. St., V, 15 novembre 2001, n. 5843).

Nel caso in esame non risulta essere stata lesa alcuna esigenza di garanzia dell'Amministrazione, atteso il possesso - e l'intervenuta documentazione dello stesso - delle condizioni alla cui presenza la legge ricollega la facoltà di autoriduzione della cauzione cui è stato fatto ricorso, né può essere ravvisata alcuna lesione della “par condicio” dei ricorrenti.

Ciò a maggior ragione se si consideri che, in esito all'incombente istruttorio disposto da questo Tribunale, è stata prodotta copia delle garanzie presentate da tutte le imprese partecipanti alla gara che si sono avvalse della facoltà di riduzione della cauzione e da tale documentazione è emerso come su trenta imprese che hanno fatto ricorso al beneficio, solo tre avevano allegato una specifica dichiarazione nella quale si dava atto della volontà di ridurre la cauzione per effetto del possesso della certificazione di qualità.

L'accertamento di tale circostanza depone a favore anche dell'auspicata, da parte ricorrente, applicazione del metodo esegetico favorevole alla più ampia partecipazione alla gara, il quale, secondo la giurisprudenza risulta essere recessivo solo rispetto a clausole escludenti che abbiano, come già più sopra detto, una specifica ratio di garanzia e tutela di interessi propri dell'Amministrazione o del principio della “par condicio” tra concorrenti.

Ancora una volta la già accertata carenza di finalità in tal senso della prescrizione relativa alla misura della cauzione nel senso derivante dal suo combinato disposto con la successiva clausola che ne ammette la riduzione, depone a favore di un'interpretazione favorevole alla ricorrente (Cons. St., V, 15 novembre 2001, n. 5843).

Se ne inferisce che, ferma restando la legittimità, in linea di principio, dell'esclusione dalla gara dell'impresa che produca una cauzione autonomamente ridotta senza alcuna giustificazione, tale prescrizione può essere superata e può trovare comunque applicazione il beneficio della cauzione ridotta quale conseguenza del possesso della certificazione di qualità, laddove il possesso del requisito per la fruizione del beneficio stesso sia documentalmente provato attraverso la produzione, in allegato alla domanda, di una certificazione SOA attestante il possesso della certificazione di qualità stessa

L'intervenuta allegazione di tale certificazione, contestualmente all'oggettiva riduzione della cauzione, infatti, non possono che sottendere un'implicita espressione di volontà di avvalersi del beneficio della riduzione stessa.

Il ricorso va, perciò, accolto.

Le spese del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e saranno liquidate nella misura in dispositivo indicata.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe indicato e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Porto Empedocle al pagamento delle spese e degli onorari di giudizio che liquida a favore della parte ricorrente nella complessiva somma di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 30 gennaio 2007, con l'intervento dei signori magistrati:

Calogero Adamo - Presidente,
Calogero Ferlisi - Consigliere,
Mara Bertagnolli - Referendario, estensore

_____Presidente

_____Estensore

_____Segretario

Depositata in Segreteria il 27 febbraio 2007

Il Direttore della Sezione