

Se un'impresa richiede alla stazione appaltante la restituzione della cauzione provvisoria, non può successivamente proporre alcun ricorso davanti al Tar per la stessa procedura pubblica

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Il Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 2980 del 9 novembre 2006, ci informa che:

<L'improcedibilità del ricorso principale discenderebbe, secondo l'aggiudicataria, dal fatto che la ricorrente principale aveva richiesto la restituzione della fidejussione depositata per partecipare alla gara di cui si discute, con ciò manifestando il proprio disinteresse in ordine agli ulteriori effetti dell'esclusione.

La situazione si differenzia, quindi, da quella diversa in cui la restituzione della cauzione consegue ad un'iniziativa dell'Amministrazione; in tal caso non si può, infatti, ritenere sussistente un onere dell'impresa di attivarsi perché la cauzione venga trattenuta.

Nel caso di specie, infatti, non può essere trascurato che, così come l'impresa non può ab origine partecipare alla gara senza aver presentato idonea cauzione, così il ritiro della stessa non può essere ritenuto compatibile con la volontà di ottenere l'aggiudicazione attraverso il ricorso giurisdizionale.

Ne deriva che, pur non essendo in concreto ancora materialmente avvenuta la restituzione della cauzione, non può più ravvisarsi alcun interesse alla pronuncia sul ricorso principale, attesa l'incompatibilità della richiesta avanzata dalla ricorrente, con la volontà di continuare a "partecipare" alla gara, quantomeno nella sua fase giudiziale.>

A cura di *****

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. 1044/06, proposto da "Ing. ***** **

C O N T R O

- il Comune di Lampedusa e Linosa, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

e nei confronti

**

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- del verbale delle operazioni di aggiudicazione dell'appalto dei lavori di riqualificazione dei serbatoi idrici comunali del 6 marzo 2006, nella parte in cui è stata esclusa l'impresa *****;

- del bando e del disciplinare di gara, nella parte (punto 6 del bando e punto 3 del disciplinare) concernente la certificazione di presa visione dei luoghi, ove dovessero essere interpretati nel senso che la certificazione di presa visione dei luoghi debba essere controfirmata a pena di esclusione anche dal legale rappresentante dell'impresa che la presenta;

- ove occorrer possa, del provvedimento con il quale il responsabile del procedimento ha approvato i documenti di gara in difformità dallo schema tipo di cui al D.A. 24 gennaio 2004;

quanto al ricorso incidentale dell' A.T.I. *****-Sistet:

- del verbale di gara del 3-6 marzo 2006 per l'appalto dei "lavori di riqualificazione dei serbatoi idrici comunali", nella parte in cui non sono state escluse l'A.T.I. ing. ***** ** s.r.l. e l'impresa "Costruzioni moderne s.r.l. *.";

quanto al ricorso incidentale dell' A.T.I. **

- del verbale di gara del 3-6 marzo 2006 per l'appalto dei "lavori di riqualificazione dei serbatoi idrici comunali", nella parte in cui non è stata esclusa l'A.T.I. ing. ***** ** s.r.l.;

Visto il ricorso con i relativi allegati e la successiva memoria conclusiva;

Visto l'atto di costituzione della controinteressata A.T.I. **

Visto il ricorso incidentale dalla stessa presentato e la documentazione allegata;

Visto l'intervento ad opponendum della costituenda A.T.I. ** s.r.l. e il successivo ricorso incidentale;

Vista l'ordinanza n.232/06;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore alla pubblica udienza del 4 ottobre 2006 il

Referendario ***** ed uditi i procuratori delle parti, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

Con bando di gara ritualmente pubblicato il Comune di Lampedusa e Linosa ha indetto pubblico incanto, ai sensi della Legge 109/94 come modificata ed integrata dalla L.R. 7/02 e s.m., per l'affidamento dei lavori di "riqualificazione dei serbatoi idrici comunali".

Tale gara veniva aggiudicata all'A.T.I. costituenda **

Dell'illegittimità di tale aggiudicazione si dolgono le imprese ricorrenti, secondo le quali essa è frutto di una non corretta applicazione del disciplinare di gara, la quale ha portato all'erronea esclusione dell'impresa ******, così incidendo, in danno della ricorrente, sulla individuazione della media finale delle offerte da utilizzare come parametro per individuare la migliore.

Nel ricorso notificato il 10 maggio 2006 e depositato il successivo 17 maggio, si lamenta, infatti:

1. la violazione e falsa applicazione della L.R. 2 agosto 2002, n. 7, art. 16, c. 5 e del D.A. 2 dicembre 2004 recante "Nuovi schemi di bando tipo uniformi relativi agli appalti per la realizzazione dei lavori pubblici affidati mediante pubblico incanto". Lo schema tipo in questione non prevede, infatti, secondo parte ricorrente, che i partecipanti alla gara debbano, con riferimento alla presa visione dei luoghi oggetto dell'appalto, all'atto della presentazione della relativa dichiarazione rilasciata dall'Ufficio tecnico comunale, corredare la stessa della controfirma del rappresentante dell'impresa o un suo delegato, come invece ritenuto necessario dall'Amministrazione intimata;

2. violazione e falsa applicazione della lex specialis della gara (punto 6 del bando e punto 3 del disciplinare di gara). Anche ipotizzando la legittimità della clausola essa sarebbe stata comunque non correttamente interpretata, dal momento che dalla mancata controfirma della dichiarazione è stata fatta discendere l'onerosa e non giustificata applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara;

3. violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della L.R. 10 del 1991 e dell'art. 71, comma 2, D.P.R. 21

dicembre 1999, n. 554 - eccesso di potere per irrazionalità, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti - violazione del divieto di aggravamento del procedimento e dei principi di interpretazione utile e di massima partecipazione. In tale vizio sarebbe incorsa l'Amministrazione estendendo la sanzione dell'esclusione non alla sola mancata produzione della certificazione, ma anche alla mancata controfirma della stessa, pur regolarmente depositata.

Si costituiva in giudizio, dapprima mediante mero atto di intervento ad opponendum e, successivamente, anche attraverso la proposizione di ricorso incidentale, la costituenda A.T.I. **. (la quale aveva a sua volta proposto ricorso relativo allo stesso appalto, rubricato al n.995/2006).

In particolare essa ha dedotto i seguenti vizi:

a) violazione e falsa applicazione del punto 1 del disciplinare di gara in relazione al punto 7 del bando di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria. La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato la propria domanda in un momento anteriore al periodo dei tre giorni antecedenti la scadenza del termine perentorio per la presentazione mediante raccomandata o agenzia di recapito previsto dal disciplinare stesso;

b) in via subordinata, violazione e falsa applicazione dell'art. 4, lett. b) e c) del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta e arbitrio, a causa della mancata produzione, da parte di uno dei direttori tecnici dell'Impresa ***, delle dichiarazioni di cui all'art. 75 comma 1, lett. b) e c), la quale avrebbe dovuto, per ciò stesso, essere esclusa dalla gara.

Alla camera di consiglio del 9 giugno 2006 l'istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n.232, ai soli fini della fissazione dell'udienza per la discussione nel merito del ricorso.

Nelle more proponeva ricorso incidentale anche l'A.T.I. ** s.p.a., risultata aggiudicataria, deducendo l'illegittimità dello stesso verbale impugnato con il ricorso principale nella parte in cui non ha escluso dalla partecipazione alla gara l'odierna ricorrente, incorrendo nei seguenti vizi:

a) violazione e falsa applicazione del punto 1 del disciplinare di gara rubricato “modalità di presentazione e criteri di ammissibilità delle offerte”. L’offerta della ricorrente è stata presentata, brevi manu, fuori dal termine di tre giorni antecedenti la gara previsti dal disciplinare di gara per la consegna;

b) violazione e falsa applicazione dell’art. 30, comma 1, della L. 109/94 come recepito in Sicilia dalla L.R. 7/2002, a causa dell’intervenuto ritiro, da parte della ricorrente e nonostante la proposizione del ricorso giurisdizionale, della cauzione provvisoria.

Con memoria del 28 settembre 2006 la ricorrente principale deduce l’inammissibilità del “ricorso incidentale” dell’interveniente ATI ***, nonché l’infondatezza di quello della controinteressata risultata aggiudicataria. A tal fine la ricorrente eccepisce, da un lato la non perentorietà del termine fissato per la consegna a mani dei plichi, attesa l’assenza di uno specifico interesse dell’Amministrazione in tal senso e dall’altro il fatto che l’istanza di ritiro della cauzione non ha avuto seguito, in quanto essa è rimasta di fatto nella disponibilità dell’Amministrazione.

Alla pubblica udienza del 4 ottobre 2006, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

In tale occasione il procuratore della costituenda A.T.I. ** ha dato atto, chiedendo che ciò fosse verbalizzato, che, allo stato degli atti, alla luce della cancellazione del ruolo richiesta con riferimento al ricorso connesso sub R.G. 995/2006, la propria assistita non ha più interesse alla pronuncia nel merito del ricorso incidentale già presentato.

DIRITTO

Alla luce della giurisprudenza secondo cui “ogni volta che con ricorso incidentale venga messo in discussione il titolo di legittimazione del ricorrente principale, il ricorso incidentale deve essere esaminato

prioritariamente, atteso che esso finisce per assumere carattere pregiudiziale, visto che dal suo accoglimento deriva la sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente principale all'annullamento del provvedimento impugnato" (Consiglio Stato, sez. IV, 13 aprile 2005, n. 1699), il Collegio ritiene, ricorrendo le condizioni ora dette, di dover procedere all'esame, in via pregiudiziale, del ricorso incidentale proposto dalla A.T.I. risultata aggiudicataria.

Quest'ultimo appare fondato e meritevole di accoglimento in particolare per quanto attiene alla clausola secondo cui l'offerta della ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa, perché consegnata brevi manu in data anteriore ai tre giorni antecedenti la gara, previsti dal disciplinare di gara per tale adempimento.

In altre parole, il disciplinare di gara prevedeva che le offerte dovessero pervenire, tramite servizio postale o agenzia di recapito autorizzata, entro il termine perentorio delle ore 12 del 02.03.06, consentendo, altresì, la consegna a mano dei plichi nei tre giorni lavorativi antecedenti tale termine (27 e 28 febbraio e 1 marzo); l'offerta della ricorrente perveniva all'Amministrazione, invece, già il giorno 23 febbraio 2006.

Invero, nonostante l'unico termine, in tema di presentazione delle offerte, generalmente qualificato come perentorio sia quello finale, rappresentato dalle ore 12,00 del giorno antecedente la celebrazione della gara, entro il quale dovevano pervenire tutte le offerte, con qualsiasi modalità presentate (in tal senso anche TAR Sicilia, Catania, II, n. 33 del 18 gennaio 2005), la giurisprudenza ha recentemente chiarito come anche la previsione dell'ulteriore termine in questione, fissato per la consegna a mani, risponda ad una precisa "ratio", tanto da far ritenere che la "facoltà", alternativa al servizio postale o all'agenzia di recapito, sia esercitabile esclusivamente nei limiti nei quali essa è stata accordata dal disciplinare di gara.

Più precisamente, se la consegna a mano anteriormente al termine fissato non pare poter ledere in alcun modo il principio di parità di trattamento tra i partecipanti, d'altra parte la sua previsione risponde a specifiche esigenze organizzative dell'Amministrazione. Questa, infatti, deve provvedere, al fine della ricezione a mano dei plichi da parte dell'Ufficio protocollo (tenuto a rilasciarne apposita ricevuta), ad organizzare e mantenere, all'uopo, nella sede espressamente indicata, un apposito servizio, con personale autorizzato a svolgere la funzione tipicamente connessa non soltanto al rilascio della ricevuta (che implica anche la constatazione della integrità del plico) e l'assunzione a protocollo, ma anche all'obbligo di custodia e consegna al competente Ufficio, con responsabilità correlativa (in tal senso si veda Cons. Stato,

V, 24 agosto 2006, n. 4972).

Il che giustifica, sul piano della razionalità della scelta, la previsione, differentemente da quanto invece previsto per le tradizionali modalità di consegna, anche di un termine iniziale, perentorio al pari di quello finale.

Il ricorso incidentale, avente natura paralizzante, merita altresì accoglimento anche con riferimento alla seconda doglianza, volta a dimostrare la carenza di interesse al ricorso dell'A.T.I. ****Costruzioni**.

L'improcedibilità del ricorso principale discenderebbe, secondo l'aggiudicataria, dal fatto che la ricorrente principale aveva richiesto la restituzione della fidejussione depositata per partecipare alla gara di cui si discute, con ciò manifestando il proprio disinteresse in ordine agli ulteriori effetti dell'esclusione.

La situazione si differenzia, quindi, da quella diversa in cui la restituzione della cauzione consegue ad un'iniziativa dell'Amministrazione (come nel caso di cui alla sentenza TAR Sardegna, n. 1747 del 22 dicembre 2003); in tal caso non si può, infatti, ritenere sussistente un onere dell'impresa di attivarsi perché la cauzione venga trattenuta.

Nel caso di specie, infatti, non può essere trascurato che, così come l'impresa non può ab origine partecipare alla gara senza aver presentato idonea cauzione, così il ritiro della stessa non può essere ritenuto compatibile con la volontà di ottenere l'aggiudicazione attraverso il ricorso giurisdizionale.

Ne deriva che, pur non essendo in concreto ancora materialmente avvenuta la restituzione della cauzione, non può più ravvisarsi alcun interesse alla pronuncia sul ricorso principale, attesa l'incompatibilità della richiesta avanzata dalla ricorrente, con la volontà di continuare a "partecipare" alla gara, quantomeno nella sua fase giudiziale.

L'accoglimento del ricorso incidentale per le suesposte ragioni determina, quindi, l'improcedibilità del ricorso principale.

Quanto al ricorso incidentale della interveniente A.T.I. **, ne va dichiarata la improcedibilità stante la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse della stessa resa in udienza dal procuratore costituito.

Con riguardo alle spese del giudizio il Collegio ritiene di poterne disporre la compensazione attesa l'innovatività della giurisprudenza che ha portato all'accoglimento del ricorso incidentale della controinteressata.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale proposto ** e dichiara l'improcedibilità sia del ricorso principale che del ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. ***.

Dispone la compensazione delle spese.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 4 ottobre 2006

Depositata in Segreteria il 9 novembre 2006

<https://www.diritto.it/se-un-impresa-richiede-alla-stazione-appaltante-la-restituzione-della-cauzione-provisoria-non-puo-successivamente-proporre-alcun-ricorso-davanti-al-tar-per-la-stessa-procedura-pubblica/>