

E' legittima, se non doverosa, l'esclusione di un'impresa la cui offerta risulta priva della cauzione provvisoria, anche se il bando di gara non prevede espressamente una tale conseguenza in caso di mancata allegazione?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'esclusione della partecipante risulta disposta legittimamente, in quanto, incontestato che la quietanza attestante l'avvenuto deposito della cauzione di € 8.175,80 non era stata depositata da questa concorrente entro le ore 12 del 29.4.2005 unitamente alla domanda di partecipazione, bensì soltanto il 2.5.2005 (come integrazione successiva); e atteso che la cauzione costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento a corredo della stessa, per cui non può essere oggetto di regolarizzazione postuma, ne deriva che nella specie appunto l'offerta è risultata priva di un elemento essenziale (poiché la funzione della cauzione è quella di garantirne la serietà e l'affidabilità), con conseguente sua inammissibilità anche in assenza di espressa comminatoria nel bando di gara; situazione a porre riparo alla quale non è valsa l'integrazione successiva cui ha proceduto la società interessata, poiché effettuata in violazione del termine ultimo fissato per la presentazione delle domande, e perciò della par condicio dei partecipanti

Merita di essere segnalata la sentenza numero 55 del 17 gennaio 2008 emessa dal Tar Campania, Salerno in tema di obbligatoria esclusione di un'impresa partecipante per mancata presentazione, unitamente all'offerta, della richiesta cauzione provvisoria, anche nel silenzio del bando di gara riguardo alle conseguenze dell'inadempimento

< Né in contrario può valere l'assunto che l'esclusione dell'offerta in discussione non avrebbe potuto essere più disposta, una volta che la concorrente era stata ammessa alla gara (cosa avvenuta nella stessa data del 12.5.2005, con l'apertura del plico contenente l'offerta economica, secondo quanto attestato nel relativo verbale): difatti, il seggio di gara all'atto dell'ammissione della F.lli ALFA s.r.l. non aveva cognizione del fatto che la quietanza della cauzione non era contenuta nella busta dell'offerta, bensì in un

plico a parte pervenuto il 2.5.2005 (come emergente dal verbale del 3.5.2005, ove viene fatto cenno proprio alla presenza di una “integrazione all’offerta il cui contenuto non è conoscibile”); per cui della situazione determinatasi ha potuto rendersi conto soltanto dopo l’apertura delle buste, così da poter prendere soltanto in quel momento la (dovuta) decisione dell’esclusione in commento.>

Ma non solo.

<Altresì, nemmeno può dirsi, secondo altro assunto di parte ricorrente, che il ritardo del versamento della cauzione e del successivo deposito della relativa quietanza sia stato dovuto a lacune del bando circa i tempi e le modalità da rispettare per tali adempimenti.

Difatti, il bando è stato chiaro tanto nel fissare il termine ultimo di presentazione delle domande di partecipazione alle ore 12 del 29.4.2005 (senza che il punto possa essere posto in dubbio dalla presenza di una discrasia di indicazioni circa la data in cui la gara si sarebbe poi svolta, se il 3 o il 5 maggio successivi), quanto nel prescrivere che in una busta principale (già contenente la domanda di partecipazione e una dichiarazione di contenuto predefinito, con allegata copia di un documento di riconoscimento dell’interessato), avrebbe dovuto essere inserita un’ulteriore busta contenente l’offerta in concreto formulata, con allegata “la quietanza rilasciata dalla Cassa del Comune, attestante il deposito provvisorio di euro 8.175,80 pari al 10% del prezzo base di vendita”.

Orbene, il riferimento alla “Cassa del Comune”, e cioè ad un ufficio comunale chiaramente diverso da quello che aveva bandito la gara e curato il relativo procedimento, avrebbe dovuto, alla stregua di un’ordinaria diligenza, indurre gli interessati (e quindi anche i responsabili della F.lli ALFA s.r.l., così come in effetti avvenuto per quelli della ditta BETA) a tener conto della possibilità che, come anche suggerito dalla comune esperienza in tema di uffici pubblici aventi competenze diverse, avrebbe potuto non esservi coincidenza di allocazione (come poi in concreto è stato) e di orari di apertura al pubblico tra essi; e **ciò in vista dell’onere di provvedere tempestivamente proprio agli adempimenti preliminari rispetto alla presentazione della**

domanda di partecipazione.>

In conclusione quindi:

< Alla luce delle esposte considerazioni, allora, non può non concludersi che la circostanza che i responsabili della società ricorrente abbiano maturato un falso affidamento, il quale, a sua volta, ha determinato una tardività del versamento della prevista cauzione e della produzione della relativa quietanza, è stato il frutto esclusivo di un errore a loro stessi imputabile e non ad altri.>

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 55 del 17 gennaio 2008 emessa dal Tar Campania, Salerno

n.

Reg. Sent.

Anno

n.

Reg. Ric.

Anno

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

Sezione staccata di Salerno

Sezione Prima

composto dai signori :

Dott. *****

Presidente

Dott. *****

Consigliere

Dott. *****

Primo Referendario rel.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n.

1045 R.G. dell'anno 2005, nonché sui motivi aggiunti successivamente depositati il 6.7.2005, proposto dalla F.lli ALFA s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** , ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima, in Salerno, alla via F.lli Palumbo n° 28;

C O N T R O

Comune di Colliano, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. ***** , ed elettivamente domiciliato presso lo studio di questi, in Salerno, alla via SS. ***** n° 31;

e nei confronti di

di BETA Giovanni, titolare dell'omonima ditta, rappresentato e difeso dall'avv. ***** , presso lo studio del quale è elettivamente domiciliato, in Salerno, alla via SS. ***** n° 31;

(ricorso principale)

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

a)

del verbale d'asta per la vendita di materiale legnoso ritraibile dalla utilizzazione della p.lla n° 45 - Monte di Pruno, redatto dall'Ufficio Patrimonio del Comune di Colliano il 12.5.2005, con il quale il Presidente della gara relativa ad asta pubblica indetta con determina n° 9 del 6.4.2005 dell'area economico-

finanziaria del medesimo Comune, ha aggiudicato l'appalto alla ditta industria boschiva BETA ***** per un importo complessivo di €83.010,00;

b)

di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ed in particolare del provvedimento avente ad oggetto "Vendita materiale legnoso ritraibile dalla utilizzazione della particella boschiva n° 45 - importo a base d'asta €81.758,00" emesso il 5.4.2005, con il quale il responsabile dell'Area economico-finanziaria del Comune di Colliano ha reso noto il giorno in cui avrebbe avuto luogo l'asta pubblica indetta con delibera di Giunta n° 169/2004 e determina n° 9 del 6.4.2005, contenente le date e le condizioni di espletamento della gara stessa;

ed altresì (motivi aggiunti)

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

-

in via principale, della determina n° 126 del 16.5.205, con la quale il Responsabile dell'Area Economica e Finanziaria del Comune di Colliano ha disposto l'approvazione definitiva degli atti di gara di cui al verbale d'asta per la vendita di materiale legnoso ritraibile della utilizzazione della p.la 45 - Monte di Pruno;

-

in via subordinata, dell'avviso di gara del 6.4.2005;

Visto il ricorso principale e i motivi aggiunti successivamente proposti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione del Comune di Colliano e del controinteressato BETA *****;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Udita alla pubblica udienza del
5 aprile 2007 la relazione del dott. *****, e uditi, altresì, l'avv. ***** (in
sostituzione di ***** e *****) per la parte ricorrente, l'avv. ***** per l'Amministrazione di Colliano, e
l'avv. ***** (in sostituzione di Gioia) per il controinteressato;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso, notificato a mezzo posta il 24 maggio 2005 e depositato il successivo 1 giugno, la
F.lli ALFA s.r.l. ha esposto

-

che, con delibera di Giunta Comunale n° 169/2004 e successiva determina dell'Area
Economico-Finanziaria n° 9 del 6.4.2005, il Comune di Colliano aveva indetto una gara di appalto - asta
pubblica, con offerte segrete in aumento e aggiudicazione definitiva ad unico incanto (ai sensi dell'art. 73
lett. c del Regolamento di Contabilità Generale dello Stato, approvato con R.D. 827/1924) per la vendita
del materiale legnoso ritraibile dalla utilizzazione del bosco "Monte di Pruno" - p.lla n° 45, per un importo
a base d'asta di €81.758,00;

-

che in data 5.4.2005 il Responsabile dell'Area Economico-Finanziaria del Comune aveva reso note le date di svolgimento della gara, nonché le modalità relative all'offerta da presentare e alla documentazione da allegare;

-

che tale comunicazione presentava grossolane imprecisioni quanto alle date riportate e alle modalità di partecipazione, le quali avrebbero avuto un effetto gravemente fuorviante sul comportamento di essa ricorrente (sia per la presenza di due date diverse riferite al giorno di espletamento della gara; sia per quanto riguardante le modalità indicate per la presentazione dell'offerta);

-

che essa ricorrente non aveva potuto tempestivamente presentare la necessaria "quietanza rilasciata dalla Cassa del Comune, attestante il deposito provvisorio di €8.175,80, pari al 10% del prezzo base di vendita", in quanto era stata riscontrata l'inesistenza di una tale Cassa presso il Comune di Colliano, essendo l'unica Cassa del Comune quella costituita presso l'agenzia bancaria BCC di Altavilla Silentina-sede di Calabritto (ove il necessario versamento era stato effettuato appena possibile, cioè il 2.5.2005);

-

che in sede di asta, il giorno 3.5.2005, il seggio di gara aveva constatato che, delle due offerte presentate, quella dell'Industria Boschiva BETA Giovanni risultava carente nella parte in cui non era allegata la "quietanza attestante il deposito provvisorio di €8.175,80, pari al 10% del prezzo base di vendita"; mentre l'altra (cioè quella di essa ricorrente) appariva "corretta" quanto alla documentazione presentata, ancorché corredata da "un'integrazione all'offerta" il cui contenuto non era a quel momento conoscibile;

-

che, aggiornato il prosieguo di gara senza procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, in data 12.5.2005 erano state riesaminate le irregolarità riscontrate e valutata la possibilità di una loro sanatoria;

-

che, aperte quindi le buste e verificate le offerte (quella della ditta BETA in aumento per €1.250,00; e quella di essa F.lli ALFA s.r.l. in aumento per €2.000,00), la gara era stata aggiudicata alla ditta controinteressata, dopo che solo nel momento in questione essa ricorrente era stata esclusa, poiché era stato riscontrato che all'offerta presentata non era stata allegata la quietanza rilasciata dalla Tesoreria Comunale, e che l'integrazione fatta pervenire in data 2.5.2005 non poteva essere presa in considerazione in quanto successiva all'ultimo giorno utile per la presentazione delle offerte;

-

che l'aggiudicazione al controinteressato era avvenuta in quanto il funzionario comunale aveva ritenuto che l'irregolarità da costui commessa era da considerarsi sanabile (in assenza di clausole di bando espressamente comportanti l'esclusione per tale situazione).

Tanto esposto, la ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I)

violazione e falsa applicazione di legge (art. 75 R.D. 827/1924; L. 241/1990; R.D. 2440/1923; Decr. Leg.vo 406/1991; Decr. Leg.vo 358/1992; L. 109/1994; Decr. Leg.vo 157/1995; Decr. Leg.vo 158/1995 - violazione del giusto procedimento - eccesso di potere (illogicità; contraddittorietà; travisamento; carenza dei presupposti; erronea valutazione dei presupposti; sviamento di potere; violazione della par condicio dei partecipanti alla gara): non avrebbe potuto procedersi alla sua esclusione una volta aperte le buste delle offerte, atteso che ormai era conclusa la distinta fase di ammissione dei partecipanti, e si era in quella dell'aggiudicazione; l'esclusione in parola sarebbe stata disposta dalla stazione appaltante quando era emerso che aggiudicataria sarebbe stata la ALFA s.r.l.;

II)

eccesso di potere - violazione del principio della massima partecipazione alle pubbliche gare - errata interpretazione del bando di gara - violazione del principio della par condicio: l'adempimento riguardante il versamento della cauzione non sarebbe stato espressamente previsto a pena di esclusione dalla gara; stante la formulazione del bando di gara (prevedente il versamento della cauzione presso la Cassa del Comune), sarebbe stato legittimo dedurre che la cauzione avrebbe dovuto essere depositata presso un ufficio sito nella sede comunale, e non invece presso una filiale bancaria situata in altro Comune (Calabritto) di diversa Provincia; l'errore commesso da essa ricorrente sarebbe di tipo scusabile, e il mancato riconoscimento di tanto avrebbe comportato la violazione della par condicio dei partecipanti;

III)

violazione e falsa applicazione di legge (L. 241/1990; art. 97 Cost.) - violazione del giusto procedimento - eccesso di potere (sviamento; ingiustizia manifesta):il mancato rispetto dei termini per l'adempimento delle prescrizioni riguardanti la cauzione sarebbe diretta conseguenza dell'erronea e fuorviante formulazione del bando, per cui la successiva esclusione sarebbe viziata in via derivata;

Si sono costituiti il Comune di Colliano e il controinteressato BETA ***** (titolare dell'omonima ditta), contestando l'ammissibilità e, comunque, la fondatezza del ricorso. In particolare, entrambi, in allegato alla memoria di costituzione hanno depositato copia della determina n° 126 del 16.5.2005, con cui il Responsabile dell'Area Economico-Finanziaria del Comune di Colliano, procedendo all'approvazione degli atti di gara, aveva disposto l'aggiudica definitiva in favore della ditta BETA.

Con altro atto, notificato il 27 giugno 2005 e depositato il successivo 6 luglio, la F.lli ALFA s.r.l. ha impugnato appunto la suddetta determina comunale di approvazione degli atti gara di definitiva aggiudica di questa alla ditta BETA, riproponendo quali motivi aggiunti i medesimi già proposti con il precedente ricorso principale.

Il Comune di Colliano e BETA ***** hanno presentato, quindi, memorie (rispettivamente il 15 e il 17 giugno 2005) al fine di resistere anche all'ulteriore impugnazione proposta ad opera di parte ricorrente.

In data 6 luglio 2005 la società ricorrente ha depositato una memoria.

Con ordinanza n° 757/05 del 7 luglio 2005, questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare avanzata dalla F.lli ALFA s.r.l..

Il 27 marzo 2007 il Comune di Colliano ha presentato una memoria illustrativa.

Alla pubblica udienza del 5 aprile 2007 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Oggetto della presente impugnativa sono, con il ricorso principale il verbale datato 12.5.2005, contenente sia l'esclusione della società ricorrente dalla procedura concorsuale bandita dal Comune di Colliano per l'assegnazione in vendita del materiale legnoso ritraibile dalla utilizzazione della particella boschiva n° 45-Monte di Pruno (con un importo a base d'asta €81758,00), sia l'aggiudicazione della gara in questione all'unica altra concorrente (la ditta "Industria Boschiva BETA Giovanni"); e, con i motivi aggiunti, la successiva determina di approvazione degli atti di gara, con aggiudicazione definitiva appunto alla ditta BETA.

Va aggiunto che la ricorrente, con il ricorso principale, ha inteso impugnare, qualora necessario, anche il bando di gara, posto che questo avrebbe contenuto indicazioni fuorvianti in ordine ai tempi e alle modalità di presentazione delle offerte, le quali sarebbero state la causa del mancato rispetto da parte sua delle prescrizioni riguardanti la cauzione.

Ciò posto, vanno in primis esaminate le eccezioni in rito sollevate dalle parti intimare, le quali però risultano destituite di fondamento.

In proposito, va infatti evidenziato che deve dirsi tempestiva l'impugnativa, mediante motivi aggiunti, della determina n° 126 del 16.5.2005 con cui il Responsabile dell'Area Economica e Finanziaria ha approvato gli atti di gara e disposto l'aggiudicazione definitiva al controinteressato, in quanto non è stata data prova che la F.lli ALFA s.r.l. abbia avuto notizia anteriormente al 23.6.2005 (data in cui il Comune di Colliano e BETA Giovanni ne hanno depositato in giudizio una copia) della sua esistenza e del suo contenuto.

Peraltro, risulta rituale anche sotto un altro profilo la proposizione dei citati motivi aggiunti, non richiedendosi per tanto il rilascio di un nuovo ed ulteriore mandato speciale ad litem al difensore, da parte della ricorrente (cfr. Cons. di Stato sez. V, n° 831 del 19.2.2007; Cons. di Stato sez. V, n° 3717 del 6.7.2002; T.A.R. Calabria-Catanzaro n° 1414 del 23.11.2006; T.A.R. Toscana n° 2793 del 14.7.2003; T.A.R. Friuli Venezia Giulia n° 1 del 27.1.2003).

Nel merito, va poi detto che tanto i motivi di cui al ricorso principale, quanto quelli aggiunti successivamente proposti, sono infondati e vanno respinti.

Invero, l'esclusione della F.lli ALFA s.r.l. dalla gara in questione risulta disposta legittimamente, in quanto, incontestato che la quietanza attestante l'avvenuto deposito della cauzione di €8.175,80 non era stata depositata da questa concorrente entro le ore 12 del 29.4.2005 unitamente alla domanda di partecipazione, bensì soltanto il 2.5.2005 (come integrazione successiva); e atteso che la cauzione costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento a corredo della stessa, per cui non può essere oggetto di regolarizzazione postuma (cfr. Cons. di Stato sez. IV, n° 7380 del 15.11.2004; Cons. di Stato sez. V, n° 1495 del 13.3.2002; T.A.R. Lazio-Roma n° 6915 del 4.8.2006; T.A.R. Veneto n° 1145 del 21.4.2004; T.A.R. Veneto n° 1325 del 13.4.2002), ne deriva che nella specie appunto l'offerta è risultata priva di un elemento essenziale (poiché la funzione della cauzione è quella di garantirne la serietà e l'affidabilità), con conseguente sua inammissibilità anche in assenza di espressa comminatoria nel bando di gara (così Cons. di Stato sez. V, n° 1495 del 13.3.2002); situazione a porre riparo alla quale non è valsa l'integrazione successiva cui ha proceduto la società interessata, poiché effettuata in violazione del termine ultimo fissato per la presentazione delle domande, e perciò della par condicio dei partecipanti.

Né in contrario può valere l'assunto che l'esclusione dell'offerta in discussione non avrebbe potuto essere più disposta, una volta che la concorrente era stata ammessa alla gara (cosa avvenuta nella stessa data del 12.5.2005, con l'apertura del plico contenente l'offerta economica, secondo quanto attestato nel relativo verbale): difatti, il seggio di gara all'atto dell'ammissione della F.lli ALFA s.r.l. non aveva cognizione del fatto che la quietanza della cauzione non era contenuta nella busta dell'offerta, bensì in un plico a parte pervenuto il 2.5.2005 (come emergente dal verbale del 3.5.2005, ove viene fatto cenno proprio alla presenza di una "integrazione all'offerta il cui contenuto non è conoscibile"); per cui della situazione determinatasi ha potuto rendersi conto soltanto dopo l'apertura delle buste, così da poter prendere soltanto in quel momento la (dovuta) decisione dell'esclusione in commento.

Altresì, nemmeno può dirsi, secondo altro assunto di parte ricorrente, che il ritardo del versamento della cauzione e del successivo deposito della relativa quietanza sia stato dovuto a lacune del bando circa i tempi e le modalità da rispettare per tali adempimenti. Difatti, il bando è stato chiaro tanto nel fissare il termine ultimo di presentazione delle domande di partecipazione alle ore 12 del 29.4.2005 (senza che il punto possa essere posto in dubbio dalla presenza di una discrasia di indicazioni circa la data in cui la gara si sarebbe poi svolta, se il 3 o il 5 maggio successivi), quanto nel prescrivere che in una busta principale (già contenente la domanda di partecipazione e una dichiarazione di contenuto predefinito, con allegata copia di un documento di riconoscimento dell'interessato), avrebbe dovuto essere inserita un'ulteriore busta contenente l'offerta in concreto formulata, con allegata "la quietanza rilasciata dalla Cassa del Comune, attestante il deposito provvisorio di euro 8.175,80 pari al 10% del prezzo base di vendita". Orbene, il riferimento alla "Cassa del Comune", e cioè ad un ufficio comunale chiaramente diverso da quello che aveva bandito la gara e curato il relativo procedimento, avrebbe dovuto, alla stregua di un'ordinaria diligenza, indurre gli interessati (e quindi anche i responsabili della F.lli ALFA s.r.l., così come in effetti avvenuto per quelli della ditta BETA) a tener conto della possibilità che, come anche suggerito dalla comune esperienza in tema di uffici pubblici aventi competenze diverse, avrebbe potuto non esservi coincidenza di allocazione (come poi in concreto è stato) e di orari di apertura al pubblico tra essi; e ciò in vista dell'onere di provvedere

tempestivamente proprio agli adempimenti preliminari rispetto alla presentazione della domanda di partecipazione.

Alla luce delle esposte considerazioni, allora, non può non concludersi che la circostanza che i responsabili della società ricorrente abbiano maturato un falso affidamento, il quale, a sua volta, ha determinato una tardività del versamento della prevista cauzione e della produzione della relativa quietanza, è stato il frutto esclusivo di un errore a loro stessi imputabile e non ad altri.

Pertanto, il ricorso principale va respinto in toto.

L'infondatezza dei motivi del ricorso principale determina, a sua volta, la reiezione anche dei successivi motivi aggiunti esclusivamente fondati sulle medesime argomentazioni dei primi.

Sussistono giusti motivi per compensare, ai sensi dell'art. 68 R.D. 642/1907, le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione I di Salerno, definitivamente pronunciando sul ricorso di cui all'epigrafe, con i connessi motivi aggiunti, proposto dalla ALFA s.r.l., lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno, nella Camera di Consiglio del 5 aprile 2007.

Dott. *****

Presidente

Dott. *****

Primo Ref. Est.

Depositata in Segreteria il

(art. 55, legge 27.04.1982 n. 186)

il Direttore della Sezione

<https://www.diritto.it/e-legittima-se-non-doverosa-l-esclusione-di-un-impresa-la-cui-offerta-risulta-privata-della-cauzione-provvisoria-anche-se-il-bando-di-gara-non-prevede-espressamente-una-tale-conseguenza-in->

caso-di-m/