

A fronte di un disciplinare di gara che preveda < a pena di esclusione che la cauzione provvisoria in caso di fideiussione bancaria o polizza assicurativa “doveva prevedere la sua operatività, entro quindici giorni, su semplice richiesta scritta della Co

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

E' ictu oculi palese la non conformità della cauzione provvisoria alle prescrizioni di gara, e risultano del tutto inconferenti le argomentazioni delle ricorrenti secondo cui, in assenza di un'esplicita previsione al riguardo, il termine giorni deve essere riferito non ai giorni solari bensì ai giorni bancari, avuto presente che il suddetto termine è stato utilizzato nell'ambito di una cauzione bancaria, e che, in ogni caso, la differenza tra giorni solari e giorni bancari risulta essere talmente modesta e del tutto marginale “ai fini dell'interesse sostanziale del committente di conseguire una valida garanzia di pronto pagamento in caso di della cauzione

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2780
dell ' 1 aprile 2008

emessa dal Tar Lazio, Roma in tema di difformità di una cauzione provvisoria in quanto:

Passando all'esame di merito delle doglianze de quibus risulta palesemente fondata quella rubricata al n.2) con cui è stato fatto presente che l'offerta del raggruppamento ALFA doveva essere esclusa in quanto la cauzione provvisoria prestata risultava difforme dalle prescrizioni previste a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

< Al riguardo il Collegio osserva che:

a) contrariamente a quanto prospettato dalle ricorrenti principali, in assenza di un'esplicita precisazione in contrario, la mera indicazione del termine generico "giorni" va inteso con riferimento ai giorni solari, così come ordinariamente tale termine è utilizzato dal legislatore in materia di computo del termine (art. 2963 c.c. e 155 c.p.c.);

b) per consolidata giurisprudenza "Qualora l'osservanza di una clausola della "lex specialis" di gara sia espressamente prevista a pena di esclusione, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione alla clausola, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata e solo in caso di equivoca formulazione della clausola può esservi spazio per un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti, ipotesi quest'ultima che nella fattispecie in esame per i motivi di cui sopra non è dato riscontrare.>

a cura di *****

RIPORTIAMO QUI DI SEGUITO LA SENTENZA NUMERO 2780 DELL' 1 APRILE 2008 EMESSA DAL Tar Lazio, ROma

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

RS

Anno 2008

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO N. 9801

RGR

Anno
2007

-SEZIONE III -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.9801 del 2007 proposto dalla srl ALFA ALFABISe dalla srl ALFABIS Company, in persona dei

rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti ***** e ***** ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. ***** in Roma, Via Panama n.58;

CONTRO

la CONSIP spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. ***** presso il cui studio in Roma, Via Principessa Clotilde n.2, è domiciliataria;

e nei confronti di:

1) il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la cui sede in Roma, Via dei Portoghesi n.12, è domiciliatario;

2) BETA ITALIA srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** presso il cui studio in Roma, Via Sabotino n.2/A, è selettivamente domiciliata;

per ottenere:

A) l'Annullamento:

1) del provvedimento di aggiudicazione definitiva del lotto 6 della gara indetta dall'intimata Consip spa con bando del 29 marzo 2006, intervenuto a favore della srl BETA Italia;

2) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, .e in particolare del provvedimento datato 26 luglio 2007, prot.12570/2007, con cui è stata disposta l'esclusione dalla gara, relativamente ai lotti nn.6, 7 e 8, del raggruppamento cui partecipavano le odierne ricorrenti in quanto le offerte dallo stesso presentata erano risultate anomale.;

B) la Condanna della Consip spa al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'intimata Consip spa, del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della società controinteressata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 - relatore il dottor ***** - i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Le società ricorrenti hanno partecipato, in qualità di mandataria e di mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di cui faceva parte anche la srl ALFATER, alla gara indetta dall'intimata Consip spa e strutturata in 12 lotti territorialmente indipendenti, avente ad oggetto la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del Servizio Energia, da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e dei servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura nel rispetto della legislazione vigente in materia.

Con il proposto gravame hanno impugnato i provvedimenti, relativi al lotto n.6 ed in epigrafe indicati, con cui la stazione appaltante ha escluso dalla suddetta gara il costituendo raggruppamento in quanto l'offerta dallo stesso presentata era risultata anomala ed ha aggiudicato l'appalto in questione alla srl BETA Italia, deducendo il seguente ed articolato motivo di doglianza:

Violazione e falsa applicazione dell'art.19 de D.lgvo n.358 del 1992 - Violazione delle regole tecniche applicabili alla fattispecie in riferimento anche al contenuto del bando e del disciplinare di gara - Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà - Falso presupposto e difetto di motivazione.

Con successivi motivi aggiunti di doglianza hanno impugnato il formale provvedimento di aggiudicazione definitiva, depositato in giudizio dalla società controinteressata, nonché la convenzione stipulata nelle more del giudizio con quest'ultima dalla Consip reiterando le medesime doglianze dedotte in via principale.

Si sono costituite sia la Consip che il Ministero dell'Economia e delle Finanze contestando analiticamente e con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si è costituita anche la società aggiudicataria la quale ha analiticamente confutato le dedotte doglianze ed ha proposto ricorso incidentale nonché successivi motivi aggiunti prospettando l'illegittimità sotto vari profili della mancata esclusione dell'offerta del menzionato costituendo raggruppamento.

Alla pubblica udienza del 5 marzo 2008 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

Le società ricorrenti hanno partecipato, in qualità di mandataria e di mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di cui faceva parte anche la srl ALFATER, alla gara indetta dall'intimata Consip spa e strutturata in 12 lotti territorialmente indipendenti, avente ad oggetto la fornitura a favore delle pubbliche amministrazioni del Servizio Energia, da individuare nella produzione ed erogazione dell'energia termica per la climatizzazione invernale, nella fornitura di combustibile e nell'erogazione dei beni e dei servizi gestionali e manutentivi presso i luoghi di fornitura nel rispetto della legislazione vigente in materia.

Con il proposto gravame hanno impugnato i provvedimenti, relativi al lotto n.6 ed in epigrafe indicati, con cui la stazione appaltante ha escluso dalla suddetta gara il costituendo raggruppamento in quanto l'offerta dallo stesso presentata era risultata anomala ed ha aggiudicato l'appalto in questione alla srl BETA Italia.

Al fine di dimostrare il proprio interesse alla proposizione del presente gravame le odierne istanti hanno fatto presente che:

- 1) il costituendo raggruppamento di cui facevano parte si era classificato al secondo posto della relativa graduatoria dopo la spa Fen Energia e prima della spa BETA Italia;
- 2) la prima graduata non ha presentato le giustificazioni richieste in quanto la sua offerta era risultata anomala, e, conseguentemente, si era autoesclusa dalla gara;
- 3) il raggruppamento de quo, invece, è stato escluso dopo un complesso procedimento in quanto le

giustificazioni presentate non sono state ritenute idonee a dimostrare la non anomalia dell'offerta;

4) in tale contesto, pertanto, l'annullamento del gravato provvedimento di esclusione determinerebbe il reinserimento dell'offerta del suddetto raggruppamento al primo posto e l'aggiudicazione dell'appalto.

Prima di passare all'esame di merito delle dedotte doglianze il Collegio è chiamato ad esaminare le censure proposte in via incidentale con cui è stata contestata la mancata esclusione dalla gara dell'offerta del raggruppamento ALFA in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "se è vero che, di regola, l'esame del ricorso incidentale è subordinato all'accoglimento del ricorso principale, è altrettanto vero che, nel caso in cui, con il ricorso incidentale vengano dedotti motivi atti a mettere in discussione l'interesse del ricorrente in principale, tali da poter troncare in limine la lite per accertata inammissibilità del ricorso principale, senza lasciare residuare alcun vantaggio all'eventuale accoglimento del ricorso principale, lo stesso ricorso incidentale assume carattere pregiudiziale e va esaminato con priorità, per evidenti ragioni di economia processuale" (ex plurimis Tar Puglia, Bari, sez.I, n.1465 del 6/6/2007).

Con la prima delle suddette censure prospettata in sede di ricorso incidentale è stata contestata la legittimità dell'operato della Commissione di gara laddove tale organo dopo aver preso atto delle giustificazioni richieste al raggruppamento, invece di procedere all'esclusione dello stesso ha richiesto la produzione di ulteriori e diverse giustificazioni.

La dedotta censura deve essere rigettata, atteso che relativamente al potere della stazione appaltante di chiedere, dopo la produzione delle giustificazioni precedentemente richieste, ulteriori e diverse giustificazioni, la giurisprudenza risulta essere positivamente orientata al riguardo, in quanto è stato testualmente affermato che "In sede di verifica dell'anomalia dell'offerta non esiste alcuna norma che rigidamente ne regoli lo svolgimento, con la conseguenza che l'accertamento della serietà e congruità dell'offerta può esser condotta in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi in più riprese e con più richieste di integrazioni e chiarimenti." (CS, sez.V, n. 4949 del 23/8/2006).

Il suddetto orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal Codice degli appalti approvato con D.lgvo n.163/2006, il cui art.88, comma 3, prevede che. "La stazione appaltante, se del caso mediante una

commissione costituita secondo i criteri fissati dal regolamento di cui all'articolo 5, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle giustificazioni fornite, e può chiedere per iscritto ulteriori chiarimenti, se resi necessari o utili a seguito di tale esame, assegnando un termine non inferiore a cinque giorni lavorativi”.

Prima di procedere allo scrutinio delle altre doglianze incidentali prospettate con i successivi motivi aggiunti, il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione con cui le odierne ricorrenti hanno prospettato la tardività dei suddetti motivi aggiunti sul presupposto che essendo il provvedimento di ammissione alla gara del rti noto alla società controinteressata nei suoi effetti lesivi già all'epoca della proposizione del ricorso principale, quest'ultima aveva 'onere di dedurre ogni censura sin dal primo momento e non può pretendere di dilazionare la decorrenza del termine al successivo momento in cui ha preso conoscenza dei singoli documenti ed atti che le erano accessibili e conoscibili sin dal primo momento:

La sollevata eccezione non è suscettibile di favorevole esame.

Al riguardo, premesso che il modus operandi processuale della controinteressata non presenta nulla di anomalo in quanto la proposizione dei motivi aggiunti sia di quelli dedotti in via principale che di quelli dedotti in via incidentale è correttamente giustificata dalla sopravvenuta conoscenza di documenti che evidenziano ulteriori e diverse illegittimità che non potevano essere precedentemente conosciute, il Collegio osserva che la tesi delle ricorrenti principali non è corretta sotto il profilo teorico in quanto parte dal presupposto che il termine per proporre ulteriori doglianze avverso un provvedimento già impugnato, in sede principale o in sede incidentale, non decorre dalla data in cui si presume che il ricorrente principale o incidentale abbia acquisito la conoscenza della documentazione che ne legittima la proposizione, bensì dalla data in cui avrebbe potuto acquisire tale conoscenza, onerando in sostanza il soggetto di un obbligo di acquisire la conoscenza al fine della tempestiva produzione di ulteriori censure, che in nessun caso è previsto dalla disciplina in materia.

In sostanza quello che rileva ai fini tempestività della proposizione di motivi aggiunti è unicamente l'acquisita conoscenza della documentazione a tal fine necessaria, non l'astratta possibilità per il soggetto interessato di conoscerla

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, poiché è pacifico che la ricorrente incidentale solamente a seguito dell'accesso agli atti di gara ha acquisito la possibilità di conoscere la documentazione in forza della quale ha potuto individuare ulteriori ed autonomi vizi dei provvedimenti già impugnati in via incidentale, è indubbio che da tale data iniziava a decorrere il termine per la proposizione delle relative doglianze, le quali, pertanto, non possono essere considerate tardive.

Passando all'esame di merito delle doglianze de quibus risulta palesemente fondata quella rubricata al n.2) con cui è stato fatto presente che l'offerta del raggruppamento ALFA doveva essere esclusa in quanto la cauzione provvisoria prestata risultava difforme dalle prescrizioni previste a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

Al riguardo in punto di fatto deve essere rilevato che:

1) il citato art. 2 del disciplinare prevedeva a pena di esclusione che la cauzione provvisoria in caso di fideiussione bancaria o polizza assicurativa "doveva prevedere la sua operatività, entro quindici giorni, su semplice richiesta scritta della Consip senza eccezioni opponibili a questa";

2) è pacifico che la cauzione provvisoria dell'ati ALFA prevedeva l'operatività della stessa "entro 15 giorni lavorativi bancari dal ricevimento della sottoindicata richiesta".

In tale contesto quindi, è *ictu oculi* palese la non conformità della cauzione provvisoria alle prescrizioni di gara, e risultano del tutto inconferenti le argomentazioni delle ricorrenti secondo cui, in assenza di un'esplicita previsione al riguardo, il termine giorni deve essere riferito non ai giorni solari bensì ai giorni bancari, avuto presente che il suddetto termine è stato utilizzato nell'ambito di una cauzione bancaria, e che, in ogni caso, la differenza tra giorni solari e giorni bancari risulta essere talmente modesta e del tutto marginale "ai fini dell'interesse sostanziale del committente di conseguire una valida garanzia di pronto pagamento in caso di della cauzione".

Al riguardo il Collegio osserva che:

a) contrariamente a quanto prospettato dalle ricorrenti principali, in assenza di un'esplicita precisazione in contrario, la mera indicazione del termine generico "giorni" va inteso con riferimento ai giorni solari, così come ordinariamente tale termine è utilizzato dal legislatore in materia di computo del termine (art. 2963 c.c. e 155 c.p.c.);

b) per consolidata giurisprudenza "Qualora l'osservanza di una clausola della "lex specialis" di gara sia espressamente prevista a pena di esclusione, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione alla clausola, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'inadempimento, l'incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata, alla cui osservanza la stessa amministrazione si è autovincolata e solo in caso di equivoca formulazione della clausola può esservi spazio per un'interpretazione che consenta la più ampia ammissione degli aspiranti.(CS, sez.V, n.32 del 10/1/2005), ipotesi quest'ultima che nella fattispecie in esame per i motivi di cui sopra non è dato riscontrare.

Ciò considerato, la censura in esame è fondata ed il proposto gravame incidentale deve essere accolto con assorbimento delle altre censure dedotte in via incidentale.

L'accoglimento del gravame incidentale comportante l'illegittimità dell'ammissione alla gara del Rti ALFA implica, poi, che il ricorso principale debba essere dichiarato improcedibile.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sulla controversia di cui in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 5 marzo 2008 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione terza, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. *****

- Presidente

Dr. *****

SAPONE

- Consigliere, estensore

Dr. *****

- Consigliere

IL PRESIDENTE

IL GIUDICE ESTENSORE

RIC. N.9801/2007

<https://www.diritto.it/a-fronte-di-un-disciplinare-di-gara-che-preveda-a-pena-di-esclusione-che-la-cauzione-provvisoria-in-caso-di-fideiussione-bancaria-o-polizza-assicurativa-doveva-prevedere-la-sua-operativita/>