

## **Legittimo incameramento della cauzione provvisoria per mancata stipula del contratto di appalto per cause imputabili all'aggiudicatario, in quanto questi non era in grado di documentare di essere in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara.**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Ricorso avverso l'applicabilità dell'incameramento della cauzione provvisoria disposta dall'Amministrazione resistente a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione di lavori, per il fatto che la ricorrente non aveva dimostrato, con adeguata documentazione, di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 8, comma 1, lettera a) e b) della legge provinciale n. 6 del 17.6.1998 e dell'art. 23 del regolamento approvato con \*\*\*\*\* n. 41 del 24.7.2001 che dispongono: "L'attestazione di aver eseguito ed ultimato nel quinquennio precedente il primo giorno di pubblicazione del bando di gara, ove prevista, ovvero, in caso contrario, il primo giorno antecedente la data di invio della richiesta di offerta a regola d'arte almeno un lavoro, paragonabile al lavoro in appalto o ascrivibile alla categoria prevalente, d'importo non inferiore al 40 per cento dell'importo complessivo dei lavori; in caso di opere pubbliche, deve essere provato da attestazione di esecuzione a regola d'arte del direttore dei lavori, anche in relazione a lavori ultimati e non collaudati; in caso di opere private da dichiarazione di accettazione del committente; - una dichiarazione dalla quale risulti l'organico medio annuo dell'impresa e il numero dei dirigenti con riferimento agli ultimi cinque anni. Inoltre, deve risultare dalla predetta dichiarazione, che l'impresa ha sostenuto negli ultimi cinque esercizi un costo medio per il personale dipendente non inferiore al 15 per cento della cifra media d'affari, di cui almeno il 40 per cento per personale operaio. Ai fini di tale valutazione, in caso di imprese individuali o di società di persone, l'attività lavorativa nell'azienda prestata dai titolari o dai soci viene valutata nella misura di cinque volte il valore della retribuzione convenzionale determinata ai fini della contribuzione INAIL".

Il ricorso va rigettato in quanto tale incameramento è previsto anche dalla legge provinciale n. 6/1998 che dispone all'art. 49 "Nel caso in cui l'aggiudicatario non si presenti a stipulare il contratto, salvo che per causa a lui non imputabile, l'amministrazione committente, a titolo di penalità, incamera la cauzione provvisoria". La causa della mancata stipula del contratto e, quindi, dell'annullamento dell'aggiudicazione è da imputare, per i motivi sopra riportati, alla ricorrente. L'operato dell'Amministrazione resistente è avallato, infine, anche dal Codice per i lavori pubblici, approvato con D. lgs. 12.4.2006 n. 163, art. 48, il

quale prevede l'incameramento della cauzione provvisoria non solo a carico degli aggiudicatari che non forniscono la prova "di essere in possesso dei requisiti richiesti" ma anche a carico degli altri offerenti che a seguito di un controllo della stazione appaltante (ancor prima dell'apertura delle buste delle offerte) non sono in grado di documentare il possesso dei requisiti richiesti. È stato chiarito dalla giurisprudenza che la cauzione svolge la funzione non di caparra confirmatoria ma di una vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall'amministrazione, in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto. Pertanto, la prestazione della caparra è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario ed ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfetaria del danno, prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dalla pubblica amministrazione, tant'è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola. Ne consegue che l'Amministrazione non deve dimostrare le ragioni per l'incameramento della cauzione provvisoria, trattandosi, nella specie, non del ristoro di un danno subito, ovvero da documentare, ma dell'applicazione di una sanzione per la mancata stipula del contratto per fatti dell'aggiudicatario.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 379 del 20 novembre 2008, emessa dal Tar Trentino Alto Adige, Bolzano

La cauzione provvisoria, di cui deve essere corredata l'offerta, costituisce, ai fini dell'ammissione, una condizione vincolante e permanente fino all'aggiudicazione, posto che la cauzione stessa è intesa a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara. L'offerta stessa non può più essere ritirata dopo l'esperimento della gara ed è vincolante, senza possibilità di rinuncia in caso di aggiudicazione dell'appalto (vedasi all'uopo anche la lettera d'invito - doc. n. 1 ricorso - dalla quale risulta: "L'offerta è vincolante per la ditta con la sua presentazione e non può essere ritirata").

Ma vi è di più

Per queste considerazioni, quindi, il Comune giustamente ha incamerato la cauzione provvisoria, dato che il contratto non poteva essere concluso per fatto proprio dell'aggiudicatario. Il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione con conseguente incameramento della cauzione provvisoria risulta essere sufficientemente motivato, visto che vengono riportati e dettagliatamente descritti motivi che hanno indotto l'Amministrazione resistente ad adottare la delibera. Comunque, non sono stati dedotti, in

aggiunta, motivi avverso l'annullamento dell'aggiudicazione, ma unicamente avverso l'incameramento della cauzione provvisoria. Il Comune ha applicato, quindi, la *lex specialis*, vincolante non solo per l'offerente ma anche per l'Amministrazione appaltante.

Si legga anche

Non c'è escussione della provvisoria se la mancata stipula del contratto non dipende dall'aggiudicatario

Se la mancata stipula del contratto non possa essere riferibile soltanto al "fatto" ed alla "volontà" dell'aggiudicatario (trascorsi tre anni dall'offerta all'aggiudicazione), ma ad una convergenza di fattori concausali, di cui il comportamento della ricorrente costituisce soltanto il momento finale e meramente consequenziale, l'amministrazione non ha titolo ad incamerare la cauzione provvisoria

Il potere dell'Amministrazione di imporre la prestazione di una cauzione provvisoria nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici di lavori e di sottoporla ad escussione trova un puntuale fondamento normativo, per quanto riguarda il settore dei lavori pubblici, nell'art.30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, mentre la disciplina dell'istituto, con specifico riferimento ai presupposti che possono comportare l'escussione, si rinviene nella disposizione citata e nell'art.10, comma 1-quater, della medesima legge.

L'individuazione, da parte delle citate disposizioni di legge, di specifiche previsioni appare espressiva di una precisa scelta legislativa, intesa ad escludere ogni possibilità di estensione, in sede di fissazione delle regole di gara da parte di ciascuna stazione appaltante, delle ipotesi di escussione della cauzione, tassativamente determinate in via generale dal legislatore: ciò in quanto qualsivoglia ipotesi di incameramento della cauzione da parte della P.A. si traduce in una prestazione patrimoniale, che non può essere imposta se non in base alla legge

Per quanto concerne, in particolare, il "risvolto sanzionatorio", giova ricordare che il provvedimento di incameramento della cauzione, a differenza del provvedimento di esclusione dalla gara, non mira a tutelare direttamente la regolarità della gara, ma a sanzionare il comportamento scorretto del soggetto

cui è destinato .

Com'è noto, le sanzioni amministrative consistono in provvedimenti irrogati nei confronti di soggetti che commettono un illecito amministrativo.

L'illecito amministrativo si concretizza nella violazione di un precetto posto a tutela dell'ordinamento amministrativo (in particolare, degli interessi pubblici la cui tutela è affidata alla pubblica amministrazione) e la sanzione è la conseguenza sfavorevole dell'illecito, applicata coattivamente dalla Pubblica Amministrazione e costituente la misura -di carattere contestualmente retributivo ed affittivo- irrogata nei confronti del trasgressore

Tali riflessioni ci vengono dalla lettura del Tar Puglia, Sezione Prima di Bari, che con la sentenza numero 4605 del 17 novembre 2005 ci propone il proprio parere sulla funzione della cauzione provvisoria: negli appalti pubblici di lavori.

La cauzione provvisoria, prestata dal partecipante alla gara per l'appalto di lavori pubblici, ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto, perciò, garantisce l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara

Quanto alla natura della clausola che impone la cauzione provvisoria -ferma la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale per il caso dell'inadempimento e del ritardo (1383 cod. civ.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.) avente funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto si dal momento delle trattative o del perfezionamento del medesimo- si è tentato di riportarla nell'ambito della caparra confirmatoria , sia perché intesa a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché siffatta qualificazione risulta più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente di non vulnerare l'interesse dell'amministrazione a pretendere il maggior danno

Invero, la “ratio” dell’istituto è quella di garantire la serietà dell’offerta fino al momento della stipula del contratto di evitare ritardi non giustificati, in contrasto con l’esigenza di definire tempestivamente il vincolo contrattuale e di rispettare i tempi di esecuzione dell’opera, per cui l’incameramento della cauzione è normalmente legata al rifiuto di stipulare nonché correlata alla violazione dell’obbligo di diligenza e di produzione documentale nelle trattative precontrattuali -che grava su ciascun concorrente sin dalla fase di partecipazione alla gara e di presentazione dell’offerta- e, come tale, trova applicazione anche per il mero dato formale dell’inadempimento rispetto al dovere di lealtà nelle trattative.

La escussione della cauzione, il cui scopo è liquidare in via forfettaria il danno subito dalla stazione appaltante a causa dell’omessa stipulazione del contratto per fatto imputabile all’aggiudicatario provvisorio, riguarda l’assenza della capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di questi nonché tutti i casi in cui questi abbia prodotto dichiarazioni non confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione o abbia effettuato false dichiarazioni: in caso di difformità tra le dichiarazioni rese da un concorrente in una gara di appalto, risultato poi aggiudicatario, e la prova del relativo contenuto, l’art. 10, comma 1° quater, della legge n.109/1994, prevede, come conseguenze automatiche, l’esclusione dalla gara, l’escussione della cauzione e la segnalazione alla Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici.

Nell’emarginata fattispecie si tratta di una mancata sottoscrizione del contratto da parte della seconda classificata, dopo tre anni dalla presentazione dell’offerta.

In tale situazione, l’adito giudice da torto all’amministrazione e quindi annulla la richiesta di escussione della provvisoria in quanto:

Quanto al nesso eziologico nella produzione dell’evento sanzionato (“mancata sottoscrizione del contratto”), il già riportato art.30 della legge n.109/94 indica la riferibilità del medesimo esclusivamente ed interamente al “fatto dell’aggiudicatario” ed alla “volontà dell’aggiudicatario”.

L'esame dei fatti e comportamenti precitati, scanditi nel corso dell'arco temporale intercorso fra la data di aggiudicazione provvisoria, avvenuta il 13.2.2002 ed l'intervento dell'impugnato provvedimento (emanato in data 26.11.2004 e comunicato in data 4 gennaio 2005), evidenzia che, certamente, nella specie, si è verificata una situazione di oggettivo squilibrio fra l'offerta a suo tempo proposta e la prestazione richiesta alla ditta ricorrente, rilevabile anche mediante il semplice riferimento al fatto notorio ed agli indici I.S.T.A.T., a prescindere dalla dimostrazione in ordine al lamentato incremento del prezzo dell'acciaio, che, ad avviso dell'amministrazione comunale, non sarebbe stata comprovato dalla ricorrente.

Non appare, dunque, nè illogica né irrazionale la pretesa della ditta di voler eseguire l'appalto alla condizione che lo squilibrio sopravvenuto fra le prestazioni venisse riportato ad equità e, su tale richiesta, l'amministrazione non risulta essersi espressamente pronunciata, né al fine di motivare un diniego né al fine di proporre un adeguamento del prezzo, almeno in applicazione degli indici ISTAT di svalutazione monetaria

Pertanto:

Ed invero, nella specie, mancano i presupposti per l'applicazione delle sanzioni applicate -addebitabilità soltanto ed esclusivamente alla ricorrente dell'omessa stipula del contratto- stante la prevalente rilevanza di altri fattori concausali, quali quello esterno ed oggettivo, concernente l'arco temporale di durata del contenzioso nonché quello costituito dal comportamento dell'amministrazione nella fase successiva all'emanazione della decisione del Consiglio di Stato, Sez. V°, n.1160/2003, che ha determinato l'insorgere di ulteriore contenzioso e, correlativamente, di una dilazione temporale di un ulteriore anno.

Ne conseguente che, in esito ad una valutazione di tutte le circostanze caratterizzanti il complesso caso di specie, ritiene il Collegio che non sussistano i presupposti della riferibilità esclusiva della mancata stipula del contratto al comportamento dell'aggiudicatario, occorrenti per l'applicazione delle sanzioni di cui all'art.30 della legge n.109/94, consistenti nell'incameramento della cauzione e nella trasmissione degli atti all'Autorità di Vigilanza dei L.L.P.P.

A cura di \*\*\*\*\*

N. 379/2008

N. 153/2008

Reg. Sent.

Reg. Ric.

depositato il 20.11.2008

REPUBBLICA  
ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano

costituito dai magistrati:

Marina \*\*\*\*\*

- Presidente

\*\*\*\*\*

- Consigliere

\*\*\*\*\*

- Consigliere relatore

\*\*\*\*\*

- Consigliere

ha pronunciato la seguente

## SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 153 del registro ricorsi 2008

presentato da

ALFA Srl, in persona del legale rappresentante ALFA Andreas rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\* di Brunico con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\* in Bolzano, Via Carducci, 3, giusta delega a margine del ricorso,

- ricorrente -

contro

COMUNE di VALLE AURINA, in persona del Sindaco pro tempore, che sta in giudizio in forza della deliberazione della Giunta comunale n. 306 dd. 28.5.2008, rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\* , con elezione di domicilio presso lo studio del medesimo in Bolzano, Corso Italia, 32, giusta delega a margine dell'atto di costituzione,



- resistente -

e nei confronti della

BETA Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,

- non costituita -

per l'annullamento

1) del verbale di gara informale dd. 06.02.2008, non conosciuto, per l'appalto dei lavori per la costruzione di una scuola di musica e di una sala per prove musicali a San Giovanni con cui la ALFA srl è stata ammessa alla gara;

2) della delibera n. 70 dd. 06.02.2008 con cui la Giunta comunale di Valle Aurina ha deliberato di appaltare le opere da costruttore edile e complementari per la costruzione di una scuola di musica e di una sala per prove musicali a San Giovanni alla ALFA srl;

3) della delibera n. 193 dd. 09.04.2008 della Giunta comunale del Comune di Valle Aurina con la quale è stata annullata l'aggiudicazione per la costruzione di una scuola di musica e di una sala per prove musicali a San Giovanni, opere da costruttore edile e complementari, conferita alla ALFA srl ed in particolare nella parte in cui è stato incamerato la **cauzione** provvisoria nella misura di € 36.495 e

4) di qualsiasi altro atto prodromico, endoprocedimentale, consequenziale o comunque connesso, anche se non espressamente richiamato o non conosciuto.

Visto il ricorso notificato il 28.5.2008 e depositato in segreteria il 29.5.2008 con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Valle Aurina dd. 5.6.2008;

Viste le memorie prodotte;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 5.11.2008, il consigliere \*\*\*\*\* ed ivi sentito l'avv. \*\*\*\*\* per la ricorrente e l'avv. \*\*\*\*\* in sostituzione dell'avv. \*\*\*\*\* per il Comune di Valle Aurina.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

## FATTO

Oggetto del ricorso è l'impugnazione dei provvedimenti, meglio specificati in epigrafe, ma lo scopo finale è l'annullamento della decisione di incameramento della cauzione provvisoria nell'ammontare di € 36.495,00.- adottata dal Comune di Valle Aurina nei confronti della ricorrente.

All'uopo è da precisare che con lettera dd. 10.1.2008 (doc. 1 ricorso) il Comune di Valle Aurina ha invitato la ALFA srl a partecipare alla gara informale per l'appalto delle opere edili e complementari per la costruzione di una scuola di musica e di una sala per prove musicali a San Giovanni con la procedura di cui all'art. 34 comma 4 L.P. 17.6.1998 n. 6.

La ALFA srl ha quindi partecipato alla gara ed è rimasta aggiudicataria delle opere.

Con lettera dd. 8.2.2008 (doc. 4 ricorso) il Comune di Valle Aurina ha informato la ALFA srl dell'aggiudicazione ed ha invitato la stessa a presentare i documenti previsti dalla lettera di invito.

Con lettera dd. 12.3.2008 (doc. 5 ricorso) il Comune di Valle Aurina ha comunicato che i documenti presentati dalla ricorrente erano irregolari, specialmente in relazione alla dimostrazione dell'organico del personale alle dipendenze ed in relazione al volume di opere eseguite paragonabili ai lavori in appalto, invitando l'aggiudicataria a presentare ulteriore documentazione entro il 19.3.2008, specificando che tale termine doveva intendersi come termine perentorio.

Con lettera dd. 20.3.2008 (doc. 6) il Comune di Valle Aurina ha comunicato alla ALFA srl l'avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione e di revoca della propria delibera n. 70 dd. 6.2.2008, con incameramento della **cauzione** provvisoria.

La ALFA srl ha quindi inviato al Comune di Valle Aurina la lettera dd. 25.03.2008 (doc. 7 ricorso) con la quale sostiene di aver effettivamente sostenuto un costo medio per il personale dipendente non inferiore al 15% della cifra media di affari, di cui almeno il 40% per personale operaio, in quanto anche le retribuzioni della moglie del legale rappresentante della ALFA srl, sig.a \*\*\*\*\*\*, dovevano essere intese come costo per il personale dipendente, dichiarando nel contempo di non voler eseguire a tutti i costi i lavori. Con la stessa lettera la ALFA srl dichiara di non voler eseguire a tutti i costi i lavori e chiede la restituzione della fideiussione bancaria.

Con lettera dd. 10.4.2008 (doc. 8 ricorso) il Comune di Valle Aurina ha informato la ALFA srl che la Giunta Comunale con delibera n. 193 dd. 09.4.2008 (doc. 9 ricorso) ha annullato l'aggiudicazione con incameramento della cauzione provvisoria.

I lavori sono stati appaltati, quindi, con delibera n. 249 dd. 7.5.2008 all'impresa BETA General Construction Company con sede a Campo Tures alle stesse condizioni offerte dalla ALFA srl.

Vengono dedotti i seguenti motivi di impugnazione:

1) Violazione di legge per violazione e falsa applicazione della lex specialis, in particolare della prescrizione secondo cui la modifica o l'apposizione di aggiunte alle posizioni della lista di cui sopra comporta l'esclusione dalla gara; violazione della lex specialis di gara e del principio di par condicio tra le imprese partecipanti alla gara nonché eccesso di potere per l'ammissione della ALFA srl alla gara, per disparità di trattamento e ingiustizia manifesta, violazione del principio di imperatività del provvedimento amministrativo;

2) Eccesso di potere per mancata motivazione circa la deroga alla lex specialis, violazione dell'art. 7 L.P. n. 17/1993;

3) Violazione dell'art. 49, 3° comma L.P. 17 giugno 1998 n. 6, violazione del principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, 2° comma Cost. e violazione dell'art. 1, L. 24 novembre 1981 n. 689;

Si è costituito in giudizio il Comune di Valle Aurina chiedendo la reiezione del ricorso, siccome inammissibile e comunque infondato.

La controinteressata non si è costituita.

All'udienza pubblica del 5 novembre la causa, sentiti i difensori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

Il dispositivo di sentenza è stato depositato in segreteria ai sensi dell'art. 23 bis, comma 1, lett. B, legge 6/12/1971 n. 1034 (introdotto dall'art. 4 della legge n. 205 dd. 21.7.2000), il giorno 12 novembre 2008.

## DIRITTO

Il ricorso è in parte inammissibile ed in parte infondato.

Per economia di giudizio si prescinde dall'esame delle eccezioni preliminari, sollevate dall'Amministrazione resistente, stante l'infondatezza del ricorso nel merito.

Il nocciolo della questione dedotta in giudizio riguarda l'applicabilità dell'incameramento della **cauzione** provvisoria disposta dall'Amministrazione resistente a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione di lavori, per il fatto che la ricorrente non aveva dimostrato, con adeguata documentazione, di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 8, comma 1, lettera a) e b) della legge provinciale n. 6 del 17.6.1998 e

dell'art. 23 del regolamento approvato con \*\*\*\*\* n. 41 del 24.7.2001 che dispongono:

“L’attestazione di aver eseguito ed ultimato nel quinquennio precedente il primo giorno di pubblicazione del bando di gara, ove prevista, ovvero, in caso contrario, il primo giorno antecedente la data di invio della richiesta di offerta a regola d'arte almeno un lavoro, paragonabile al lavoro in appalto o ascrivibile alla categoria prevalente, d'importo non inferiore al 40 per cento dell'importo complessivo dei lavori; in caso di opere pubbliche, deve essere provato da attestazione di esecuzione a regola d'arte del direttore dei lavori, anche in relazione a lavori ultimati e non collaudati; in caso di opere private da dichiarazione di accettazione del committente;

- una dichiarazione dalla quale risulti l'organico medio annuo dell'impresa e il numero dei dirigenti con riferimento agli ultimi cinque anni. Inoltre, deve risultare dalla predetta dichiarazione, che l'impresa ha sostenuto negli ultimi cinque esercizi un costo medio per il personale dipendente non inferiore al 15 per cento della cifra media d'affari, di cui almeno il 40 per cento per personale operaio. Ai fini di tale valutazione, in caso di imprese individuali o di società di persone, l'attività lavorativa nell'azienda prestata dai titolari o dai soci viene valutata nella misura di cinque volte il valore della retribuzione convenzionale determinata ai fini della contribuzione INAIL”.

La mancata presentazione della documentazione “di essere in possesso dei presupposti sopraccitati” non è contestata neppure dalla stessa ricorrente in quanto non apporta nessun motivo di impugnazione avverso l’annullamento dell’aggiudicazione disposta dal Comune con deliberazione 9.4.2008 n. 194.

Il Collegio deve, quindi, prendere atto che non si era pervenuti alla stipula del contratto di appalto per cause imputabili all’aggiudicatario, in quanto questi non era in grado di documentare di essere in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara. Fatto che ha per conseguenza incontrastabile l’incameramento della **cauzione** provvisoria, come può essere desunto dalla lettera di invito, cioè dalla lex specialis ben conosciuta e depositata, ma non impugnata, dalla ricorrente nella presente causa (doc. n. 1 ricorso).

Tale incameramento è previsto anche dalla legge provinciale n. 6/1998 che dispone all’art. 49 “Nel caso in cui l’aggiudicatario non si presenti a stipulare il contratto, salvo che per causa a lui non imputabile, l’amministrazione committente, a titolo di penalità, incamera la **cauzione** provvisoria”. La causa della mancata stipula del contratto e, quindi, dell’annullamento dell’aggiudicazione è da imputare, per i motivi sopra riportati, alla ricorrente.

L’operato dell’Amministrazione resistente è avallato, infine, anche dal Codice per i lavori pubblici, approvato con D. lgs. 12.4.2006 n. 163, art. 48, il quale prevede l’incameramento della **cauzione** provvisoria non solo a carico degli aggiudicatari che non forniscono la prova “di essere in possesso dei requisiti richiesti” ma anche a carico degli altri offerenti che a seguito di un controllo della stazione appaltante (ancor prima dell’apertura delle buste delle offerte) non sono in grado di documentare il possesso dei requisiti richiesti.

È stato chiarito dalla giurisprudenza che la **cauzione** svolge la funzione non di caparra confirmatoria ma di una vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall'amministrazione, in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto. Pertanto, la prestazione della caparra è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario ed ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della **cauzione**), in funzione di liquidazione forfetaria del danno, prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dalla pubblica amministrazione, tant'è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla **cauzione** in parola (Tar Puglia, Bari, sez. I, 27 ottobre 2005 n. 4605 - Consiglio Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6362). Ne consegue che l'Amministrazione non deve dimostrare le ragioni per l'incameramento della **cauzione** provvisoria, trattandosi, nella specie, non del ristoro di un danno subito, ovvero da documentare, ma dell'applicazione di una sanzione per la mancata stipula del contratto per fatti dell'aggiudicatario.

La **cauzione** provvisoria, di cui deve essere corredata l'offerta, costituisce, ai fini dell'ammissione, una condizione vincolante e permanente fino all'aggiudicazione, posto che la **cauzione** stessa è intesa a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara. L'offerta stessa non può più essere ritirata dopo l'esperimento della gara ed è vincolante, senza possibilità di rinuncia in caso di aggiudicazione dell'appalto (vedasi all'uopo anche la lettera d'invito - doc. n. 1 ricorso - dalla quale risulta: "L'offerta è vincolante per la ditta con la sua presentazione e non può essere ritirata").

Per queste considerazioni, quindi, il Comune giustamente ha incamerato la **cauzione** provvisoria, dato che il contratto non poteva essere concluso per fatto proprio dell'aggiudicatario. Il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione con conseguente incameramento della **cauzione** provvisoria risulta essere sufficientemente motivato, visto che vengono riportati e dettagliatamente descritti motivi che hanno indotto l'Amministrazione resistente ad adottare la delibera. Comunque, non sono stati dedotti, in aggiunta, motivi avverso l'annullamento dell'aggiudicazione, ma unicamente avverso l'incameramento della **cauzione** provvisoria. Il Comune ha applicato, quindi, la *lex specialis*, vincolante non solo per l'offerente ma anche per l'Amministrazione appaltante.

Inammissibile è, infine, l'impugnazione del verbale di gara del 6.2.2008 e della delibera n. 70 del 6.2.2008 con i quali sono stati aggiudicati i lavori alla ricorrente, in quanto da essi non deriva un concreto pregiudizio ad essa ricorrente, visto che la sfera giuridica di questa non è stata incisa dai provvedimenti, con i quali, appunto, è stato assegnato l'appalto al quale aspirava, presentando apposita offerta. La farraginoso esposizione della ALFA srl, secondo la quale l'incameramento della **cauzione** provvisoria farebbe sorgere in capo alla ricorrente un interesse ad impugnare i provvedimenti predetti, non regge, visto che l'annullamento dell'aggiudicazione (con il conseguente incameramento della **cauzione** provvisoria) non è stato deliberato per cause dipendenti dalla valutazione dell'offerta, ma per fatti da addebitare alla ricorrente che determinano l'incameramento.

Per aversi interesse all'impugnazione di un provvedimento amministrativo che si assume essere stato emanato in modo illegittimo, occorre, non solo che il ricorrente possa trarre vantaggio dal suo annullamento, ma altresì che l'atto sia lesivo, ossia che ponga il ricorrente in una posizione sfavorevole o gli tolga una posizione giuridica favorevole. Nel caso di specie la ricorrente era stata dichiarata aggiudicataria dei lavori e, quindi, era stata messa, con i provvedimenti impugnati, in una posizione giuridica favorevole, ottenendo, appunto, il bene della vita al quale aspirava.

Nel caso di specie, inoltre, l'impugnazione (in data 30.5.2008) dei predetti provvedimenti sarebbe, in ogni modo, tardiva, essendo largamente trascorso il termine perentorio di 60 giorni dalla conoscenza piena del loro contenuto (8.2.2008 - doc. 7 Comune), ivi compresa la necessità del deposito, delle dimostrazioni necessarie "di essere in possesso dei requisiti", che la ricorrente non era in grado di produrre; fatto che può essere chiaramente desunto dal provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, avverso il quale (annullamento) non sono stati dedotti motivi di impugnazione; anzi, a sostegno del ricorso, essa stessa deduce che sarebbe dovuta essere esclusa già "ab initio" dalla gara informale a causa dei motivi contenuti nella lettera della BETA spa, seconda classificata, che considerava irregolare l'offerta della ricorrente. Infine, dalla lettera indirizzata al Comune dd. 25.3.2008 (Doc. n. 7 ricorso) può essere desunto che la ricorrente si era resa conto dell'impossibilità di dimostrazione dei presupposti richiesti ed elencati dalla lettera di invito, già prima del decretato annullamento.

Sussistono sufficienti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma di Bolzano - disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, dichiara **inammissibile** il ricorso in relazione all'impugnazione del verbale di gara e della delibera n. 70 del 6.2.2008 e lo **rigetta** per il resto.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza venga eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano, nella camera di consiglio del 5.11.2008.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Marina \*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

/cc/br/mg

N. R.G. 153/2008

<https://www.diritto.it/legittimo-incameramento-della-cauzione-provvisoria-per-mancata-stipula-del-contratto-di-appalto-per-cause-imputabili-all-aggiudicatario-in-quanto-questi-non-era-in-grado-di-documentare-di-essere-in-p/>