

Incontestato che, in astratto, la cauzione si calcola sull'intero prezzo, comprensivo anche degli oneri di sicurezza, va ribadito che la legge stessa stabilisce che il "prezzo base" è quello indicato dal Bando

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Per questa parte della domanda, che concerne "l'esecuzione del contratto", questo Giudice (come ammesso in udienza dalla stessa ricorrente) è carente di giurisdizione.

In particolare, espone il Comune interessato che la *lex specialis* era oggettivamente ambigua (tant'è che due concorrenti su quattro hanno calcolato la cauzione sulla somma di € 900.000), cosicché la Commissione, valutata la buona fede dei partecipanti e la scusabilità dell'errore, dovuto alla poca chiarezza del Bando, ha ritenuto di ammettere comunque i due concorrenti, salva l'integrazione della cauzione (puntualmente intervenuta): per l'adito giudice amministrativo questo comportamento è corretto!.

Col ricorso introduttivo la *****à istante impugna l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata l. dell'appalto (per il periodo 2009 - 2011) per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di r.s.u., bandito dal Comune di San Dorligo della Valle - ******, e atti connessi, con conseguente risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

Espone, in fatto, di essere precedente concessionaria del servizio e di aver partecipato alla gara di cui trattasi, vinta dalla controinteressata (con un ribasso del 10,50%, contro quello dell'1,80% offerto dalla ricorrente), che, invece, avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato - come si è potuto appurare in esito all'accesso agli atti - una cauzione provvisoria non conforme a legge, in quanto calcolata sul valore dell'appalto privo dell'importo degli oneri di sicurezza. In diritto lamenta: violazione dell'art. 75 del D.Lg. 163/06 e del punto III.1.1 della Sez. II della *lex specialis*. Violazione della *par condicio*.

Ad avviso della ricorrente, dalle norme di gara si evinceva senza dubbio l'obbligo (peraltro previsto dalla legge) di corredare l'offerta da una cauzione provvisoria pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'avviso, che, nel caso di specie, era di € 900.000,00, somma cui andavano aggiunti gli oneri di sicurezza (3% della base d'asta, pari a € 18.140,00).

La controinteressata ha prestato la cauzione provvisoria rapportata solo alla somma base di € 900.000,00.

Con motivi aggiunti, notificati il 22.4.09, la ricorrente impugna l'atto di aggiudicazione definitiva (che afferma di non conoscere), nonché il contratto stipulato dal Comune con l'aggiudicataria.

Lamenta:

1) illegittimità derivata;

2) quanto al contratto sottoscritto tra le parti: violazione dell'art. 113, comma 4, del D.Lg. 163/06 e del Capitolato; poichè la prestazione della cauzione definitiva per un importo inferiore al dovuto comporta la "decadenza" dall'affidamento.

Nella specie, essendo il ribasso offerto superiore al 10% la cauzione avrebbe dovuto essere fissata nel 10% + 0,50%; il che non è avvenuto.

cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo?

Col ricorso introduttivo, l'istante si duole del fatto che la controinteressata (risultata poi aggiudicataria del servizio) sia stata ammessa alla procedura benchè avesse, pacificamente, presentato una cauzione provvisoria calcolata non sull'intera somma posta a base di gara, come di regola, ma sulla stessa detratti i costi della sicurezza. **Il motivo non è fondato.** La norma che disciplina la cauzione provvisoria è l'art. 75 del D.Lg. 163/06 che, per quanto qui rileva, stabilisce che: "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente". Incontestato che, in astratto, la cauzione si calcola sull'intero prezzo, comprensivo anche degli oneri di sicurezza, va ribadito che la legge stessa stabilisce che il "prezzo base" è quello indicato dal Bando.-Nel caso di specie, il Bando - al punto II.2.1. - testualmente afferma che "l'importo a base di gara è di € 9000.000 - Euro, oneri di sicurezza esclusi al 3%, IVA esclusa al 10%" e, al successivo punto III.1.1, che l'offerta "dovrà essere corredata da una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo posto a base di gara". **Come correttamente osserva il Comune, la lex specialis, sul punto, è, quanto**

meno, ambigua, e ciò è comprovato dal fatto che la metà dei concorrenti l'ha interpretata come la ricorrente e l'altra metà come la controinteressata. Questa essendo la situazione di fatto, ad avviso del Collegio bene ha operato la Commissione (che in nessun caso può disapplicare il Bando) ammettendo (previo conguaglio dell'entità della cauzione prestata) in applicazione del principio del favor participationis e per l'oggettiva equivocità della prescrizione, anche coloro che, interpretando letteralmente la clausola, avevano calcolato la cauzione provvisoria solo sulla somma di € 900.000. Il ricorso introduttivo va quindi respinto. Parimenti infondato (e in parte inammissibile) è il primo ricorso per motivi aggiunti, proposto avverso l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata ed il contratto stipulato tra la stessa ed il Comune. Infatti, col primo motivo, la ricorrente lamenta l'illegittimità derivata da quella dell'aggiudicazione provvisoria, all'evidenza insussistente; e, col secondo, pretenderebbe che il Tribunale dichiarare la "decadenza dall'affidamento" alla controinteressata, ex art. 113 del D.Lg. 163/06, per irregolare costituzione della cauzione definitiva. Per questa parte della domanda, che concerne "l'esecuzione del contratto", questo Giudice (come ammesso in udienza dalla stessa ricorrente) è carente di giurisdizione.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 563 del 9 luglio 2009, emessa dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

N. 00563/2009 REG.SEN.

N. 00139/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 139 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
RICORRENTE Srl Ecologia e Servizi, rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, Galleria Protti 1;

contro

Comune di San Dorligo della Valle - *****, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Filzi 8;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Natale Bonfiglio, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, piazza Unita' D'Italia 7;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della nota dd. 28.1.2009, della deliberazione dd. 30.12.2008, del presupposto verbale d'asta dd. 30.12.2008, della nota dd. 31.12.2008, del provvedimento non conosciuto di assegnazione alla società controinteressata del servizio di cui oggetto nelle more dell'aggiudicazione definitiva.

Visti i primi motivi aggiunti depositati in data 24.4.2009, con i quali si impugnano i seguenti atti:

provvedimento di aggiudicazione definitiva, non conosciuto, assunto dal Comune di San Dorligo della Valle relativo all'appalto per servizio di raccolta, trasporto e smaltimento e a recupero dei rifiuti urbani, nonché del contratto stipulato tra il Comune di S. Dorligo della Valle - ***** e CONTROINTERESSATA srl in data 23.3.2009;

Visti i secondi motivi aggiunti depositati in data 11.6.2009 con i quali si impugnano i seguenti atti: determina del Comune di San Dorligo della Valle - Dolina dd. 23.2.2009 di aggiudicazione definitiva dell'appalto per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento e a recupero dei rifiuti urbani per il periodo 2009-2001 aggiudicato alla CONTROINTERESSATA srl;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Dorligo della Valle - *****;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATA Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24/06/2009 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - Col ricorso introduttivo la *****à istante impugna l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata CONTROINTERESSATA s.r.l. dell'appalto (per il periodo 2009 - 2011) per il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento di r.s.u., bandito dal Comune di San Dorligo della Valle - ***** , e atti connessi, con conseguente risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente.

1.1. - Espone, in fatto, di essere precedente concessionaria del servizio e di aver partecipato alla gara di cui trattasi, vinta da CONTROINTERESSATA s.r.l. (con un ribasso del 10,50%, contro quello dell'1,80% offerto dalla ricorrente), che, invece, avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato - come si è potuto appurare in esito all'accesso agli atti - una cauzione provvisoria non conforme a legge, in quanto calcolata sul valore dell'appalto privo dell'importo degli oneri di sicurezza.

In diritto lamenta: violazione dell'art. 75 del D.Lg. 163/06 e del punto III.1.1 della Sez. II della lex specialis. Violazione della par condicio.

Ad avviso della ricorrente, dalle norme di gara si evinceva senza dubbio l'obbligo (peraltro previsto dalla legge) di corredare l'offerta da una cauzione provvisoria pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'avviso, che, nel caso di specie, era di € 900.000,00, somma cui andavano aggiunti gli oneri di sicurezza (3% della base d'asta, pari a € 18.140,00).

La controinteressata ha prestato la cauzione provvisoria rapportata solo alla somma base di € 900.000,00.

Conseguentemente, doveva essere esclusa.

2. - Il Comune, costituito, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

In particolare, espone che la *lex specialis* era oggettivamente ambigua (tant'è che due concorrenti su quattro hanno calcolato la cauzione sulla somma di € 900.000), cosicché la Commissione, valutata la buona fede dei partecipanti e la scusabilità dell'errore, dovuto alla poca chiarezza del Bando, ha ritenuto di ammettere comunque i due concorrenti, salva l'integrazione della cauzione (puntualmente intervenuta).

3. - Anche CONTROINTERESSATA s.r.l. si è costituita in giudizio, contestando le affermazioni della ricorrente e proponendo, a sua volta, ricorso incidentale, teso a provocare l'esclusione dalla gara di RICORRENTE s.r.l..

Questi sono i motivi del ricorso incidentale:

1) violazione del Bando, quanto al possesso del requisito di qualità richiesto dalla sez. III, punto III 2.1.lett. B); violazione dell'art. 43 del D.Lg. 163/06; travisamento di fatto e difetto di istruttoria;

2) violazione dell'art. 38 del D.Lg. 163/06, per omessa dimostrazione dei requisiti di ordine morale dei Responsabili Tecnici. Contraddittorietà col Bando.

3) Contraddittorietà con il punto III.2.3, e con la sez. IV, del Bando.

4) Contraddittorietà col Bando in relazione al requisito del possesso del Certificato di Qualità richiesto dalla sez. III, punto III.2.1.lett. B) e della sez IV, applicabili anche all'Impresa ausiliaria.

5) Violazione dell'art. 49, comma 2, lett. D), del D.Lg. 163/06. Contraddittorietà con il Bando.

6) Violazione dell'art. 49, comma 2, lett. E) del D.Lg. 163/06. Contraddittorietà con il Bando.

7) Violazione dell'art. 49, comma 2, lett. D) e lett. E) del D.Lg. 163/06. Contraddittorietà con il Bando.

4. - Con motivi aggiunti, notificati il 22.4.09, la ricorrente impugna l'atto di aggiudicazione definitiva (che afferma di non conoscere), nonché il contratto stipulato dal Comune con l'aggiudicataria.

Lamenta:

1) illegittimità derivata;

2) quanto al contratto sottoscritto tra le parti: violazione dell'art. 113, comma 4, del D.Lg. 163/06 e del

Capitolato; poichè la prestazione della cauzione definitiva per un importo inferiore al dovuto comporta la “decadenza” dall’affidamento.

Nella specie, essendo il ribasso offerto superiore al 10% la cauzione avrebbe dovuto essere fissata nel 10% + 0,50%; il che non è avvenuto.

5. CONTROINTERESSATA s.r.l., a sua volta, a seguito della presentazione dei motivi aggiunti, propone un secondo ricorso incidentale, del tutto identico al precedente.

6. - Con ulteriore atto di motivi aggiunti “e motivi nuovi” notificato l’8.6.09, RICORRENTE s.r.l. impugna per la seconda volta l’aggiudicazione definitiva (il cui contenuto afferma di aver in toto conosciuto solo in data 5.5.09 a seguito di accesso, al pari dei documenti di gara di CONTROINTERESSATA).

I nuovi motivi sono i seguenti:

1) carenza di presupposti e motivazione in relazione al mancato accertamento del possesso in capo a CONTROINTERESSATA s.r.l. dei requisiti di cui al punto III.2.1.a del Bando e violazione dell’art. 11, comma 8, del D.Lg. 163/06.

2) Violazione dell’art. 41, comma 4; dell’art. 42, comma 1, lett. a), e comma 4; nonché dell’art. 11, comma 8, del D.Lg. 163/06. Carenza di presupposti e di istruttoria, quanto al possesso del requisito di cui al punto III.2.1.c del Bando.

3) Carenza di motivazione e di istruttoria in relazione all’esercizio della potestà di verifica dell’anomalia dell’offerta, ex art. 86, comma 4, del D.Lg. 163/06.

7. - Con memoria, CONTROINTERESSATA s.r.l. contesta tutti i nuovi motivi, di cui eccepisce anche l’inammissibilità sotto svariati profili.

8. - In pubblica udienza la controinteressata ha chiesto di depositare documenti a comprova del possesso dei requisiti contestati con l’ultimo ricorso per motivi aggiunti, ed un parere dell’Autorità di Vigilanza.

RICORRENTE s.r.l. si è opposta a qualsivoglia deposito tardivo, peraltro precisando che, con il motivo di cui al secondo atto di motivi aggiunti, non contesta la sussistenza dei requisiti, ma solo che l’Amministrazione abbia effettivamente eseguito i prescritti controlli.

Dopo ampia discussione il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

9. - Il ricorso, ed i due atti di motivi aggiunti, non sono fondati e vanno, pertanto respinti, il che consente di prescindere dalle diverse eccezioni di inammissibilità di singoli motivi di ricorso (in specie quelli di cui al secondo “atto di motivi aggiunti e motivi nuovi”) proposte dalla controinteressata.

9.1. - Col ricorso introduttivo, l'istante si duole del fatto che la controinteressata (risultata poi aggiudicataria del servizio) sia stata ammessa alla procedura benchè avesse, pacificamente, presentato una cauzione provvisoria calcolata non sull'intera somma posta a base di gara, come di regola, ma sulla stessa detratti i costi della sicurezza.

Il motivo non è fondato.

La norma che disciplina la cauzione provvisoria è l'art. 75 del D.Lg. 163/06 che, per quanto qui rileva, stabilisce che: "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente".

Incontestato che, in astratto, la cauzione si calcola sull'intero prezzo, comprensivo anche degli oneri di sicurezza, va ribadito che la legge stessa stabilisce che il "prezzo base" è quello indicato dal Bando.

Nel caso di specie, il Bando - al punto II.2.1. - testualmente afferma che "l'importo a base di gara è di € 9000.000 - Euro, oneri di sicurezza esclusi al 3%, IVA esclusa al 10%" e, al successivo punto III.1.1, che l'offerta "dovrà essere corredata da una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo posto a base di gara".

Come correttamente osserva il Comune, la *lex specialis*, sul punto, è, quanto meno, ambigua, e ciò è comprovato dal fatto che la metà dei concorrenti l'ha interpretata come la ricorrente e l'altra metà come la controinteressata.

Questa essendo la situazione di fatto, ad avviso del Collegio bene ha operato la Commissione (che in nessun caso può disapplicare il Bando) ammettendo (previo conguaglio dell'entità della cauzione prestata) in applicazione del principio del favor participationis e per l'oggettiva equivocità della prescrizione, anche coloro che, interpretando letteralmente la clausola, avevano calcolato la cauzione provvisoria solo sulla somma di € 900.000.

Il ricorso introduttivo va quindi respinto.

9.2. - Parimenti infondato (e in parte inammissibile) è il primo ricorso per motivi aggiunti, proposto avverso l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata ed il contratto stipulato tra la stessa ed il Comune.

Infatti, col primo motivo, RICORRENTE s.r.l. lamenta l'illegittimità derivata da quella dell'aggiudicazione provvisoria, all'evidenza insussistente; e, col secondo, pretenderebbe che il Tribunale dichiarasse la "decadenza dall'affidamento" alla controinteressata, ex art. 113 del D.Lg. 163/06, per irregolare costituzione della cauzione definitiva.

Per questa parte della domanda, che concerne "l'esecuzione del contratto", questo Giudice (come

ammesso in udienza dalla stessa ricorrente) è carente di giurisdizione.

9.3. - Anche i secondi motivi aggiunti (sulla cui tempestività non è il caso di intrattenersi, dato che sono comunque infondati) vanno respinti.

9.3.1. - Col primo, RICORRENTE s.r.l. eccepisce che la controinteressata sarebbe bensì iscritta all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali, ma solo dal 20.1.09, cioè da un momento successivo alla conclusione della gara.

Il motivo è infondato in fatto.

Come si evince dai documenti in atti, infatti, CONTROINTERESSATA s.r.l. è iscritta all'Albo Nazionale Gestori Ambientali sin dal 28.4.1998, col n. PA0414. Il provvedimento del febbraio 2009, è un semplice rinnovo della precedente iscrizione PA0414, su istanza della Ditta stessa, onde accertare il perdurante possesso dei requisiti e prorogare l'iscrizione per le categorie 1, classe C, e 4, classe D, che scadevano il 4.3.09.

9.3.2. - Col secondo motivo, la ricorrente lamenta la pretesa omissione da parte della Stazione Appaltante della verifica delle dichiarazioni rese (con autocertificazione) da CONTROINTERESSATA s.r.l. per quanto concerne il fatturato.

La ricorrente espone tesi prive di ogni supporto probatorio.

Essa infatti perentoriamente sostiene che tali dichiarazioni "non sono state oggetto di verifica da parte della Stazione Appaltante, né di dimostrazione da parte dell'aggiudicataria", su cui gravava il relativo obbligo.

Per contro, il Comune attesta di aver svolto tutte le necessarie verifiche e che la documentazione è stata regolarmente dimessa. Documentazione che CONTROINTERESSATA s.r.l. ha chiesto di poter depositare in udienza, e che non è stato possibile acquisire per l'opposizione della ricorrente, la quale, però - come ricordato nella ricostruzione in fatto che precede - ha dichiarato di non dubitare che la documentazione esista e abbia il contenuto dichiarato dalla controinteressata, e che il suo motivo era rivolto solo a contestare i mancati controlli da parte della P.A..

Così precisato il contenuto della doglianza, la stessa deve essere all'evidenza rigettata, perché sprovvista del minimo principio di prova.

9.3.3. - Anche l'ultimo motivo, con cui RICORRENTE s.r.l. si duole della mancata verifica di anomalia dell'offerta della ricorrente, è del tutto infondato.

Innanzitutto si osserva che essendo solo quattro le offerte in gara, non si applica il criterio di

individuazione della soglia di anomalia di cui all'art. 86, comma 4, del D.Lg. 163/06. In ogni altro caso, come recita il comma 3, "le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa".

La verifica di anomalia è quindi, ove non obbligatoria, una facoltà, ampiamente discrezionale (e, come tale, sindacabile solo in caso di macroscopica irragionevolezza), della Stazione Appaltante, che va comunque esercitata ove sussistano "elementi specifici", ai quali la ricorrente neppure accenna, essendosi limitata all'affermazione - di per sé non particolarmente significativa - che il ribasso del 10,50% offerto dalla controinteressata appare troppo elevato, rispetto quelli offerti dagli altri partecipanti, contenuti tra lo 0,85% e l'1,80%.

Né la P.A. è obbligata, come pare ritenere la ricorrente, a motivare allorché non ritenga di esercitare la propria facoltà di "valutare la congruità dell'offerta".

In definitiva, alla stregua di quanto esposto, il ricorso ed i relativi motivi aggiunti vanno respinti.

10 . - La reiezione dell'impugnazione principale rende superfluo l'esame dei due ricorsi incidentali (di identico contenuto) presentati da CONTROINTERESSATA s.r.l..

11. - Sussistono le ragioni di legge per disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese e competenze di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia *****, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui due motivi aggiunti di cui in epigrafe, li respinge

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 24/06/2009 con l'intervento dei Magistrati:

***** , Presidente

***** , Consigliere

***** , ***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/incontestato-che-in-astratto-la-cauzione-si-calcola-sull-intero-prezzo-comprensivo-anc-he-degli-oneri-di-sicurezza-va-ribadito-che-la-legge-stessa-stabilisce-che-il-prezzo-base-e/>