

Legittimo incameramento della cauzione provvisoria per mancata costituzione della cauzione definitiva

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Da respingere è anche il secondo motivo di ricorso, con cui è stata contestato l'incameramento della cauzione, non ricorrendo "il fatto dell'affidatario" come causa della mancata sottoscrizione del contratto che l'art 75, sesto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, pone come condizione per l'escussione della garanzia cauzionale provvisoria.

Osserva il Collegio che la predisposizione dell'offerta costituisce anche nel settore dei contratti pubblici, manifestazione di libertà negoziale, con conseguente assunzione da parte dell'autore delle conseguenze giuridiche che ne discendono, tra cui anche quelle connesse alla convenienza economica delle scelte compiute.

Ricorso per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

a) della determinazione del direttore generale di So.Re.Sa. s.p.a. n. 22 del 13 marzo 2009 nella parte in cui dispone l'incameramento della cauzione provvisoria presentata in sede di offerte;

Con il secondo motivo di impugnazione la società ricorrente ha negato che la mancata stipulazione del contratto e segnatamente la rinuncia all'aggiudicazione, possa ritenersi "fatto dell'aggiudicatario" ai sensi dell'art. 75, sesto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e come tale legittimante l'incameramento della cauzione provvisoria. In proposito, ha rilevato che l'importo della cauzione definitiva supera l'obbligazione garantita in violazione dell'art. 1941 c.c., norma non derogata dall'art. 113 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; né può ritenersi che l'importo sproporzionato della cauzione sia in qualche modo imputabile alla

società ricorrente.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

IL RICORSO E' INFONDATO

Sotto tale profilo, l'impresa concorrente, al momento della formulazione dell'offerta, era - o avrebbe dovuto essere, usando dell'ordinaria diligenza - ben a conoscenza dell'importo della cauzione definitiva che avrebbe dovuto versare in caso di aggiudicazione - che tra l'altro non corrisponde alla somma garantita, ma a quella notevolmente inferiore costituita dal costo del contratto di garanzia - e pertanto l'incidenza di siffatto onere avrebbe dovuto essere considerata nella generale valutazione dei costi connessi alla stipulazione; del resto, ove anche fossero mutate, successivamente alla pubblicazione della gara e prima della presentazione delle offerte, le condizioni di mercato del farmaco oggetto di fornitura, in misura tale da non rendere più attualmente adeguata la base d'asta, a tale deteriorata situazione ben avrebbe potuto reagire la ricorrente mediante rituale e tempestiva impugnazione degli atti della *lex specialis*.

Deve pertanto, ritenersi che del tutto legittimamente la So.Re.Sa. s.p.a. ha proceduto all'incameramento della cauzione provvisoria, essendo la mancata sottoscrizione del contratto imputabile a fatto non incolpevole dell'aggiudicatario.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1833 dell' 8 aprile 2010 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1833 dell' 8 aprile 2010 pronunciata dal Tar Campania, Napoli

N. 01833/2010 REG.SEN.

N. 02869/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso n. 2869/09 R.G., proposto da:

Ricorrente Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dagli avvocati ***** e ***** , con domicilio eletto presso in Napoli, presso la Segreteria del T.A.R.;

contro

So.Re.Sa. - Societa' Regionale per la Sanita' S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dall'avvocato ***** , con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, viale A. Gramsci 19;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

a) della determinazione del direttore generale di So.Re.Sa. s.p.a. n. 22 del 13 marzo 2009 nella parte in cui dispone l'incameramento della cauzione provvisoria presentata in sede di offerte;

b) della nota della So.Re.Sa. s.p.a. del 14 gennaio 2009 nella parte in cui chiede la costituzione di una cauzione definitiva dell'importo di €4.052.500 per il prodotto "BICALUTAMIDE".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di So.Re.Sa. - Societa' Regionale per la Sanita' S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 - relatore il consigliere ***** - i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con determinazione dirigenziale n. 83 del 16 dicembre 2008 la So.Re.Sa. s.p.a. aggiudicava alla Ricorrente Italia s.r.l. alcuni lotti della procedura negoziata indetta per l'affidamento della fornitura quadriennale di farmaci non aggiudicati con precedente procedura aperta.

In particolare, la predetta società risultava aggiudicataria del lotto 334, relativo al farmaco "bicalutamide", avendo offerto sulla base d'asta, pari ad €11,33, un prezzo di € 2,57, corrispondente al 77,304% di ribasso.

Con nota del 14 gennaio 2009 n. 231 la So.Re.Sa s.p.a. chiedeva all'aggiudicataria la trasmissione della

documentazione necessaria per la stipulazione del contratto, in particolare la cauzione definitiva che, per effetto del meccanismo di calcolo di cui all'art. 113, primo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ammontava a €4.052.500,00.

La richiesta era riscontrata dalla Ricorrente Italia s.r.l. con nota del 23 gennaio 2009 con cui si domandava una riduzione del prezzo a base d'asta, a tal proposito evidenziandosi che successivamente all'indizione della gara, erano stati registrati alcuni farmaci generici di costo di molto inferiore a quello di mercato dell'unica specialità a quel momento esistente e sulla cui base era stata stabilita la base d'asta.

Successivamente, con nota dell'11 marzo 2009 la società comunicava alla So.Re.Sa. s.p.a. rinuncia all'aggiudicazione del lotto n. 334, iniziativa a cui faceva seguito la determinazione dirigenziale del 13 marzo 2009 n. 22 con cui la stazione appaltante prendeva atto della rinuncia, aggiudicava la fornitura ad altra impresa e disponeva l'incameramento della cauzione provvisoria per il lotto in questione; nella stessa data veniva emessa la nota n. 1910 con cui So.Re.Sa. s.p.a. chiedeva alla Unicredit Corporate Banking s.p.a. l'escussione della garanzia fideiussoria per un importo di €286.587,36.

Avverso la determinazione n. 22 del 13 marzo 2009 e contro la richiesta del 14 gennaio 2009 ha proposto ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la Ricorrente Italia s.r.l. chiedendone l'annullamento.

Con il primo motivo di ricorso la Ricorrente Italia s.r.l. ha censurato gli atti impugnati, in quanto adottati in applicazione del meccanismo di individuazione dell'importo della cauzione definitiva di cui all'art. 113, primo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ritenuto in contrasto con l'art. 55 della Direttiva 2004/18/CE; ad opinione della ricorrente, l'applicazione di un criterio incrementativo in misura eccessiva della percentuale di calcolo dell'importo della cauzione definitiva, finisce per determinare importi eccedenti lo stesso valore del contratto, o comunque tali da aggravare ingiustificatamente ed in modo discriminatorio gli oneri finanziari di quei concorrenti che presentano offerte con ribassi che superano le percentuali del 10 % e 20%. Al riguardo, una tale condizione aveva determinato l'anomalia dell'offerta, con conseguenziale dovere da parte della stazione appaltante di assoggettare la stessa a verifica di congruità, adempimento del tutto mancato nel caso di specie. Ritenendo che la compatibilità con

L'ordinamento comunitario relativa all'art. 113 sia una questione pregiudiziale ai fini della decisione della controversia, parte ricorrente ha chiesto la non applicazione della norma in esame, oltre alla devoluzione della questione alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato.

Con il secondo motivo di impugnazione la società ricorrente ha negato che la mancata stipulazione del contratto e segnatamente la rinuncia all'aggiudicazione, possa ritenersi "fatto dell'aggiudicatario" ai sensi dell'art. 75, sesto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e come tale legittimante l'incameramento della cauzione provvisoria. In proposito, ha rilevato che l'importo della cauzione definitiva supera l'obbligazione garantita in violazione dell'art. 1941 c.c., norma non derogata dall'art. 113 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163; né può ritenersi che l'importo sproporzionato della cauzione sia in qualche modo imputabile alla società ricorrente.

Si è costituita in giudizio la So.Re.Sa. s.p.a. che ha chiesto il rigetto del ricorso, sollevando eccezione di inammissibilità per difetto di giurisdizione amministrativa, trattandosi di una questione di esecuzione del contratto, nonché per la mancata impugnazione della nota del 13 marzo 2009 n. 1910 di escussione della cauzione provvisoria.

All'udienza del 13 gennaio 2010, in vista della quale la Ricorrente Italia s.r.l. ha depositato una memoria di replica, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione amministrativa, fondata sulla assunto che la controversia riguarderebbe la fase di esecuzione del contratto.

Osserva il Collegio che oggetto principale del giudizio è costituito dalla determinazione dirigenziale n. 22 del 13 marzo 2009 che è provvedimento conclusivo del procedimento di gara relativamente al lotto n. 334, avendo con esso la So.Re.Sa. s.p.a. preso atto della rinuncia all'aggiudicazione della Ricorrente Italia s.r.l. e proceduto ad una nuova aggiudicazione, in favore della Teva Italia s.r.l.

In tal senso, la linea di demarcazione tra fase procedimentale di gara e fase di esecuzione del rapporto è segnata proprio dalla stipulazione del contratto, fonte originaria dei diritti che ne discendono, in assenza della quale le posizioni giuridiche tutelabili sono - salvi i casi di comportamenti della stazione appaltante che violano la generale regola di buona fede e correttezza - unicamente di interesse legittimo connesse all'esercizio di un potere autoritativo, qual è quello che connota il procedimento di scelta del contraente.

D'altronde, ogni questione proposta non riguarda in alcun modo l'adempimento di prestazioni contrattuali o comunque inerenti l'esecuzione del rapporto, ma la legittimità di alcune operazioni proprie della sola gara, quali quelle relative alla cauzione provvisoria ed all'opportunità di assoggettare l'offerta della ricorrente a verifica di congruità.

Parimenti infondata è l'eccezione di inammissibilità per omessa impugnazione della nota n. 1910 del 13 marzo 2009 con cui la So.Re.Sa. s.p.a. ha chiesto al fideiussore l'incameramento della cauzione; al riguardo, la decisione di procedere all'escussione della garanzia cauzionale è contenuta nel terzo punto del dispositivo della determinazione dirigenziale n. 22 del 13 marzo 2009, provvedimento ritualmente impugnato dalla Ricorrente Italia s.r.l., di cui è altresì condivisibile l'osservazione secondo cui la richiesta di annullamento della coeva nota n. 1910 risulta agevolmente evincibile dal contesto complessivo dell'atto di ricorso.

Nel merito il ricorso è infondato.

Riguardo al primo motivo di impugnazione, l'art. 113, primo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 stabilisce che "l'esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento. Si applica l'articolo 75, comma 7".

La cauzione definitiva opera con riferimento alla fase di esecuzione del contratto al fine di garantirne la corretta ed esatta esecuzione, come stabilito espressamente dal quinto comma della disposizione citata, secondo cui la “garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione”.

E nella stessa logica si inserisce anche il criterio incrementativo dell’importo cauzionale in presenza di offerte con ribassi eccedenti il 10% ed il 20% della base d’asta, tale rafforzamento della garanzia corrispondendo ai maggiori rischi per la stazione appaltante discendenti dalla proporzionale minore remuneratività delle prestazioni rese dall’appaltatore.

Si tratta, dunque di un istituto, rivolto esclusivamente, in tutte le sue caratteristiche, alla sola fase di esecuzione del rapporto, senza alcuna incidenza sul procedimento di scelta del contraente ed in particolare sul principio di concorrenza.

Di conseguenza, non può essere riconosciuto fondamento all’ipotesi prospettata dalla Ricorrente Italia s.r.l. di un possibile contrasto del criterio moltiplicativo della cauzione definitiva con l’art. 55 della Direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE che fa riferimento al distinto istituto della verifica delle offerte anormalmente basse, ponendo tale adempimento come obbligo della stazione appaltante pregiudiziale al rifiuto dell’offerta.

Infatti, se è vero che l’istituto dell’anomalia si pone a presidio dell’effettività del principio di concorrenza, nel senso che l’ordinamento comunitario non accetta automatismi nella riconsiderazione di offerte, sol perché eccedenti determinati importi, e quindi imponendone una verifica in contraddittorio con l’impresa in merito all’effettiva loro serietà e sostenibilità, tale esigenza resta del tutto distinta dai criteri di calcolo della cauzione definitiva, istituto, si ripete, destinato ad operare nella successiva fase dell’esecuzione del contratto.

D'altronde, la questione non potrebbe nemmeno incidere sulla controversia nel senso di prospettare un dovere - rimasto inevaso - della stazione appaltante di verificare la non congruità dell'offerta della ricorrente, ai fini della sua esclusione, in considerazione della sua insostenibilità economica conseguente all'onere sproporzionato costituito dal versamento di una cospicua garanzia cauzionale; al riguardo, il giudizio di congruità, così come anche le giustificazioni poste a corredo dell'offerta, riguardano esclusivamente la remuneratività del contratto per l'impresa e quindi principalmente il costo delle prestazioni, in cui non è compreso l'importo della cauzione definitiva, anche in considerazione della natura accessoria di tale prestazione.

Ne discende l'infondatezza della censura con riferimento alla violazione del principio di obbligatoria verifica dell'anomalia e quindi l'irrilevanza della questione di compatibilità dell'art. 113 con l'ordinamento comunitario.

Ma il motivo è infondato anche a voler prospettare la questione - come pur sembra adombrarsi nel ricorso - come possibile violazione del principio di concorrenza non tanto sotto il profilo del favor participationis, ma dal punto di vista della tutela della par condicio; infatti, è stato rilevato dalla Ricorrente Italia s.r.l. che costringere le imprese a costituire garanzie più onerose in misura proporzionale a maggiori ribassi percentuali offerti, creerebbe distorsioni e discriminazioni in tema di concorrenza.

Osserva il Collegio che sebbene non si possa dubitare che l'impresa concorrente debba valutare in sede di offerta il maggior onere cauzionale che discende da ribassi percentuali eccedenti il 10 % ed il 20 %, tale condizione non incide affatto sulla parità dei concorrenti. Infatti, la maggiore garanzia è applicabile in modo uguale a tutte le concorrenti che propongano ribassi eccedenti le richiamate soglie, senza in questo modo dare luogo a disparità o ad indebite agevolazioni nel dispiegarsi del meccanismo concorrenziale; del resto, la maggiore onerosità di un'offerta che corrisponde ad una più alta percentuale di ribasso percentuale è proprio tipica del criterio concorrenziale che da un lato impone maggiori sacrifici prestazionali all'impresa e giustifica, come visto, un rafforzamento della tutela della stazione appaltante in considerazione dei più elevati rischi di inadempimento derivanti da prestazioni di cui minore è la redditività.

Da respingere è anche il secondo motivo di ricorso, con cui è stata contestato l'incameramento della cauzione, non ricorrendo "il fatto dell'affidatario" come causa della mancata sottoscrizione del contratto che l'art 75, sesto comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, pone come condizione per l'escussione della garanzia cauzionale provvisoria.

Osserva il Collegio che la predisposizione dell'offerta costituisce anche nel settore dei contratti pubblici, manifestazione di libertà negoziale, con conseguente assunzione da parte dell'autore delle conseguenze giuridiche che ne discendono, tra cui anche quelle connesse alla convenienza economica delle scelte compiute.

Sotto tale profilo, l'impresa concorrente, al momento della formulazione dell'offerta, era - o avrebbe dovuto essere, usando dell'ordinaria diligenza - ben a conoscenza dell'importo della cauzione definitiva che avrebbe dovuto versare in caso di aggiudicazione - che tra l'altro non corrisponde alla somma garantita, ma a quella notevolmente inferiore costituita dal costo del contratto di garanzia - e pertanto l'incidenza di siffatto onere avrebbe dovuto essere considerata nella generale valutazione dei costi connessi alla stipulazione; del resto, ove anche fossero mutate, successivamente alla pubblicazione della gara e prima della presentazione delle offerte, le condizioni di mercato del farmaco oggetto di fornitura, in misura tale da non rendere più attualmente adeguata la base d'asta, a tale deteriore situazione ben avrebbe potuto reagire la ricorrente mediante rituale e tempestiva impugnazione degli atti della *lex specialis*.

Deve pertanto, ritenersi che del tutto legittimamente la So.Re.Sa. s.p.a. ha proceduto all'incameramento della cauzione provvisoria, essendo la mancata sottoscrizione del contratto imputabile a fatto non incolpevole dell'aggiudicatario.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto, con integrale compensazione tra le parti delle spese processuali, in considerazione della novità delle questioni esaminate.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/04/2010

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/legittimo-incameramento-della-cauzione-provvisoria-per-mancata-costituzione-della-cauzione-definitiva/>