

Legittima esclusione per anomalia riscontrata nel calcolo dell'importo della cauzione definitiva

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'offerta della ricorrente è stata sottoposta a verifica dell'anomalia riscontrata, tra altro, nel calcolo dell'importo della cauzione definitiva, notevolmente sottostimato.

In detto ambito, superata ogni altra questione, e richiesta di quantificare l'onere derivante dalla costituzione della cauzione definitiva, comprovandola con dichiarazioni rilasciate da soggetto abilitato ex art. 75 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici, la ricorrente provvedeva tardivamente, senza allegare alcuna dichiarazione a comprova e contestando l'importo della stessa (all.ti 9 e 10 alla memoria erariale).

Da qui la determinazione di esclusione.

Avverso la quale la ricorrente, premesso che la cauzione definitiva deve essere parametrata all'importo contrattuale, ex art. 113, d. lgs. 163706, opina che questo non deve comprendere gli importi non soggetti a ribasso, ovvero il costo del materiale fornito (rectius manodopera), che non può dar luogo a responsabilità contrattuale dell'appaltatore; sostiene altresì la società che la disciplina di gara deponeva chiaramente in tal senso, limitando l'importo contrattuale al solo margine di agenzia, come ritiene attestato dagli atti di gara, dai quali, si espone, emergeva un quadro variegato dell'interpretazione sul punto.

Ma siffatto impianto argomentativo non è condivisibile.

Come correttamente rilevato dalla difesa erariale, il combinato disposto degli artt. 113 (“L'esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale...” e 29, comma 1 (“Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA...”) del d. lgs. 163/06 impedisce di accedere all'interpretazione offerta dalla ricorrente, dalla quale discenderebbe la sottrazione dalla copertura cauzionale della voce costituita dalle retribuzioni dei lavoratori, ovvero di importi che l'agenzia di somministrazione è tenuta a corrispondere, quale retribuzione dei lavoratori impiegati, nei confronti della stazione appaltante, da cui riceve le somme necessarie a tale scopo.

Né è sostenibile che la *lex specialis* di gara deponesse chiaramente in senso contrario, alla luce dell'approfondita istruttoria disposta dalla commissione tecnica, emergente dagli stessi verbali allegati dalla parte ricorrente, che ha permesso di accertare che altri candidati, le cui offerte sono risultate non anomale, tra cui l'aggiudicataria, hanno correttamente calcolato l'importo della cauzione definitiva.

Resta ancora da precisare che non conduce agli sperati esiti la censura, pure sollevata dalla ricorrente, con cui si sostiene che anche l'aggiudicataria ha erroneamente calcolato l'importo della cauzione (mancato aumento della percentuale di cui all'art. 113, comma 1 del d. lgs. 163/06): la accertata legittimità dell'esclusione della ricorrente rende, infatti, quest'ultima priva di interesse alla contestazione in parola.

In ogni caso, non appare superfluo aggiungere che l'amministrazione resistente ha dato atto che l'aggiudicataria, la cui offerta non era stata sottoposta a verifica di anomalia, e che aveva correttamente calcolato il valore complessivo contrattuale, ha successivamente depositato cauzione nell'importo corretto, ovvero applicandovi l'ulteriore maggiorazione prevista dall'art. 113, comma 1.

4. Alla rilevata infondatezza del gravame consegue che devono essere respinte sia la domanda demolitoria che quella risarcitoria.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 33039 del 27 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

N. 33039/2010 REG.SEN.

N. 08366/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 8366 del 2010, proposto da:

Ricorrente Risorse s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. *****, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. ***** in Roma, via Sicilia, n. 50;

contro

Commissario delegato per l'emergenza della mobilita' riguardante la A4 (tratto Venezia - Trieste) ed il raccordo Villesse-Gorizia (OPCM 5 settembre 2008, n. 3702), rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la cui sede domicilia in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Controinteressata s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione degli effetti:

- della determina del responsabile unico del procedimento del 2.7.2010 prot. atti/130, con cui si aggiudica, in via definitiva, il servizio di somministrazione di lavoro a tempo determinato, periodo 15.02.2010 - 31.12.2015, alla Impresa Controinteressata s.p.a., comunicata con nota prot. U/4785 del 6.07.2010;

- della esclusione dalla gara comunicata con nota prot. U/4800 del 6.07.2010;

- di tutti i verbali della gara a procedura ristretta di cui si è avuta copia soltanto in data 13.7.2010 con nota prot. U/4989;

- di tutti i verbali della Commissione Tecnica costituita per la valutazione dell'anomalia dell'offerta della società ricorrente;

- di ogni atto presupposto, connesso e conseguente;

nonché per l'accertamento del diritto della società ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno in forma specifica, e cioè con l'attribuzione del servizio e, in subordine, del diritto ad ottenere il risarcimento dei danni patiti a seguito degli impugnati provvedimenti, con la condanna all'Amministrazione al pagamento delle somme da quantificarsi in corso di causa, maggiorate di interessi e svalutazione, e comunque in misura non inferiore al 10% degli importi di aggiudicazione.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata amministrazione straordinaria;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 13 ottobre 2010 il cons. ***** e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Espone la ricorrente società con il ricorso in trattazione di aver partecipato alla gara da aggiudicarsi con il criterio del massimo ribasso, bandita (con atto spedito alla G.U.C.E. il 22 dicembre 2009) dal Commissario delegato per l'emergenza della mobilità riguardante la A4 (tratto Venezia - Trieste) ed il raccordo Villesse-Gorizia (OPCM 5 settembre 2008, n. 3702), per l'affidamento del servizio di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato per il periodo 15 febbraio 2010-31 dicembre 2015. Poiché, esperite le operazioni di gara, l'offerta della società (presentante un ribasso del 68,58%), come quelle formulate da altre concorrenti, risultava anomala, la commissione di gara demandava l'esame dell'anomalia ad una commissione tecnica. Esperita la relativa istruttoria, con più passaggi in contraddittorio, venivano accolte tutte le giustificazioni fornite dalla società, fatta salva quella relativa alla anomalia riscontrata nel calcolo dell'importo della cauzione definitiva. Per l'effetto, la società veniva esclusa dalla gara, aggiudicata ad altra concorrente.

Di tale determinazione, nonché degli atti presupposti e conseguenti meglio specificati in epigrafe, la società domanda l'annullamento con il presente gravame, affidato alle seguenti doglianze: violazione e falsa applicazione degli artt. 87, 88 e 113 del capitolato speciale d'appalto e dell'art. 2 della parte II dello

stesso (primo motivo); eccesso di potere per contraddittorietà - violazione del principio di uguaglianza - disparità di trattamento (secondo motivo).

Si è costituita in resistenza l'intimata amministrazione.

2. All'odierna camera di consiglio, fissata per la trattazione della domanda cautelare interposta in via incidentale dalla parte ricorrente, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, e avvisate le parti, il Collegio ravvisa l'esistenza dei presupposti per definire il giudizio nel merito in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 del codice della giustizia amministrativa di cui al d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

3. La contestata valutazione si profila immune dai vizi dedotti in gravame.

3.1. L'offerta della ricorrente è stata sottoposta a verifica dell'anomalia riscontrata, tra altro, nel calcolo dell'importo della cauzione definitiva, notevolmente sottostimato.

In detto ambito, superata ogni altra questione, e richiesta di quantificare l'onere derivante dalla costituzione della cauzione definitiva, comprovandola con dichiarazioni rilasciate da soggetto abilitato ex art. 75 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici, la ricorrente provvedeva tardivamente, senza allegare alcuna dichiarazione a comprova e contestando l'importo della stessa (all.ti 9 e 10 alla memoria erariale).

Da qui la determinazione di esclusione.

Avverso la quale la ricorrente, premesso che la cauzione definitiva deve essere parametrata all'importo

contrattuale, ex art. 113, d. lgs. 163706, opina che questo non deve comprendere gli importi non soggetti a ribasso, ovvero il costo del materiale fornito (rectius manodopera), che non può dar luogo a responsabilità contrattuale dell'appaltatore; sostiene altresì la società che la disciplina di gara deponesse chiaramente in tal senso, limitando l'importo contrattuale al solo margine di agenzia, come ritiene attestato dagli atti di gara, dai quali, si espone, emergeva un quadro variegato dell'interpretazione sul punto.

Ma siffatto impianto argomentativo non è condivisibile.

Come correttamente rilevato dalla difesa erariale, il combinato disposto degli artt. 113 ("L'esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale..." e 29, comma 1 ("Il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA...") del d. lgs. 163/06 impedisce di accedere all'interpretazione offerta dalla ricorrente, dalla quale discenderebbe la sottrazione dalla copertura cauzionale della voce costituita dalle retribuzioni dei lavoratori, ovvero di importi che l'agenzia di somministrazione è tenuta a corrispondere, quale retribuzione dei lavoratori impiegati, nei confronti della stazione appaltante, da cui riceve le somme necessarie a tale scopo.

Né è sostenibile che la *lex specialis* di gara deponesse chiaramente in senso contrario, alla luce dell'approfondita istruttoria disposta dalla commissione tecnica, emergente dagli stessi verbali allegati dalla parte ricorrente, che ha permesso di accertare che altri candidati, le cui offerte sono risultate non anomale, tra cui l'aggiudicataria, hanno correttamente calcolato l'importo della cauzione definitiva.

Resta ancora da precisare che non conduce agli sperati esiti la censura, pure sollevata dalla ricorrente, con cui si sostiene che anche l'aggiudicataria ha erroneamente calcolato l'importo della cauzione (mancato aumento della percentuale di cui all'art. 113, comma 1 del d. lgs. 163/06): la accertata legittimità dell'esclusione della ricorrente rende, infatti, quest'ultima priva di interesse alla contestazione in parola.

In ogni caso, non appare superfluo aggiungere che l'amministrazione resistente ha dato atto che l'aggiudicataria, la cui offerta non era stata sottoposta a verifica di anomalia, e che aveva correttamente calcolato il valore complessivo contrattuale, ha successivamente depositato cauzione nell'importo corretto, ovvero applicandovi l'ulteriore maggiorazione prevista dall'art. 113, comma 1.

4. Alla rilevata infondatezza del gravame consegue che devono essere respinte sia la domanda demolitoria che quella risarcitoria.

La particolarità della fattispecie giustifica peraltro la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima)**

definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2010

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO

<https://www.diritto.it/legittima-esclusione-per-anomalia-riscontrata-nel-calcolo-dell-importo-della-cauzione-definitiva/>