

Legittima escussione della cauzione provvisoria per presentazione di progetto difforme a quanto richiesto (TAR Sent.N. 01261/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Legittima escussione della cauzione provvisoria per sei distinti aspetti di “gravi difformità” di talune specifiche tecniche degli elaborati progettuali presentati, ritenuti non conformi a quelle prescritte dalla lex specialis

Nella fattispecie de qua, le ricorrenti hanno invece formulato un’offerta per un progetto non identico a quello posto a base di gara dalla stazione appaltante, non dimostrando che l’integrazione delle difformità riscontrate potesse essere effettuata senza alcun ulteriore costo a proprio carico.

Tale condotta costituisce fonte di responsabilità per la mancata successiva stipula del contratto, e giustifica il provvedimento di escussione impugnato in via principale, in applicazione dell’art. 75 c. 6 del D.Lgs. n. 163/06, norma espressamente richiamata dall’avviso di gara (punto “B”), secondo cui “la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario”, dovendosi includere in tale definizione “qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile” (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3.11.2010 n. 33141, C.S., Sez. VI, 4.8.2009 n. 4905).

Le ricorrenti lamentano ancora l’irragionevolezza del comportamento dell’Amministrazione laddove, in una gara da aggiudicarsi con l’offerta economicamente più vantaggiosa “le eventuali manchevolezze del progetto tecnico presentato dal concorrente avrebbero pacificamente determinato, unicamente, l’esclusione della gara”, ma non anche l’escussione della cauzione.

L'argomento non ha pregio. Nelle procedure indette con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le caratteristiche qualitative del bene offerto, rappresentano un elemento rimesso ai concorrenti, che forma oggetto di valutazione, e che può dare luogo ad un punteggio esiguo, o addirittura all'esclusione, qualora non si raggiunga un valore minimo determinato.

Tali fattispecie si collocano tuttavia cronologicamente prima dell'aggiudicazione provvisoria, e non comportano alcuna "responsabilità" del concorrente per mancata sottoscrizione del contratto.

Diversamente, nel caso in cui la gara sia indetta al prezzo più basso, ai concorrenti non viene chiesta la redazione di alcun progetto, ma unicamente la formulazione di un'offerta economica, che dà luogo direttamente all'aggiudicazione a favore di quella più bassa, ciò che segna l'esaurimento della fase pubblicitaria di scelta del contraente.

In tali casi, poiché il progetto già esiste, per essere stato elaborato ab origine dalla stazione appaltante, la legittimità dell'offerta è condizionata alla sua perfetta aderenza al medesimo.

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1261 del 4 maggio 2012 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

il provvedimento impugnato di escussione della cauzione provvisoria è tuttavia fondato su di una pluralità di motivazioni, richiamandosi, oltreché la violazione dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/06, anche le "difformità tecniche" del progetto rispetto al capitolato di gara, conseguentemente, in base al consolidato orientamento "ove il provvedimento si fondi su una motivazione plurima, solo l'accertata illegittimità di tutti i singoli profili su cui esso risulta incentrato può comportare l'illegittimità e il conseguente effetto annullatorio del medesimo"

Il Collegio deve pertanto accertare se, come ritenuto dalla stazione appaltante, l'offerta delle ricorrenti

fosse o meno conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis*.

A tal fine, preliminarmente, il Collegio prende atto che la vista determinazione contenuta nel provvedimento di escussione della cauzione, secondo cui “il progetto presenta difformità tecniche rispetto al capitolato di gara”, costituisce anche l’oggetto dei richiamati provvedimenti di esclusione, tuttavia non impugnati nel rispetto dei termini di decadenza, ma solo “in via incidentale” nell’ambito del presente ricorso.

Sul punto osserva il Collegio come, secondo un indirizzo giurisprudenziale, l'escussione della cauzione provvisoria rappresenta una diretta ed automatica conseguenza del provvedimento di esclusione dalla gara d'appalto, condizionato dalla legittimità dell'atto espulsivo, che se non direttamente contestato e gravato, è destinato a consolidarsi (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I 3.5.2011 n. 677), cosicché l'omessa tempestiva impugnazione del provvedimento di esclusione determina anche la tardività dell'impugnativa del provvedimento di escussione della cauzione, che si configura come atto dovuto (C.S. Sez. VI 14.6.2006 n. 3500).

Altro orientamento più “garantista” riconosce invece l'autonoma lesività dei provvedimenti di escussione della cauzione, indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara (T.A.R. Veneto, Sez. I, 13.3.2009 n. 608); tali provvedimenti realizzerebbero infatti esigenze diverse e pregiudicherebbero interessi differenti, con la conseguenza che potrebbe darsi il caso di concorrenti lesi dal solo incameramento della cauzione, ma non anche dall'esclusione dalla gara e, quindi, legittimati, sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, a contestare una sola delle determinazioni (C.S. Sez. V 9.12.2002 n. 6768).

Anche volendo aderire a tale ultimo orientamento, e ritenendo così ammissibile l’impugnazione “in via incidentale” del provvedimento di esclusione, il ricorso va comunque respinto, avendo la stazione appaltante legittimamente escluso le ricorrenti.

L'art. 2 del capitolato speciale indicava dettagliatamente le caratteristiche dell'impianto di distribuzione ed erogazione acqua oggetto della fornitura; la "nota finale" al detto articolo precisava che "le apparecchiature dovranno avere le dotazioni e le caratteristiche elencate nella presente descrizione. Si accettano apparecchiature dichiarate equivalenti, purché rispondenti ai requisiti tecnici richiesti".

A fronte di quanto contenuto nel provvedimento di esclusione prot. n. 3578 del 30.8.2011 le ricorrenti, fin dalla successiva nota del 5.9.2011, si sono offerte di integrare la propria offerta, con ciò implicitamente confermando la sua originaria parziale difformità dal capitolato speciale, ciò che non poteva che essere superata da un positivo giudizio di "equivalenza", tuttavia in concreto mancato.

In particolare, la stazione appaltante richiedeva che le valvole di sicurezza fossero in inox, laddove le ricorrenti le hanno offerte in ottone, così come non hanno offerto, per due strutture architettoniche, il richiesto "camino grigliato per il riciclo dell'aria, e due griglie di ventilazione".

Come detto, con riferimento ad entrambe le carenze, li ricorrenti si sono rese disponibili ad "integrare" la propria offerta originaria, proponendo valvole in inox, e modificando il proprio progetto esecutivo, aggiungendo i predetti camini e griglie per il riciclo dell'aria (v. pag. 2 della nota in data 5.9.2011).

La stazione appaltante ha tuttavia ritenuto inammissibile le predette integrazioni, ed ha altresì espresso, con riferimento alle valvole in ottone, un giudizio di non equivalenza rispetto a quelle in inox, che non è stato peraltro puntualmente censurato in sede giurisdizionale dalle ricorrenti.

Osserva il Collegio come, a fronte di un c.s.a. che richiedeva ai concorrenti di formulare un prezzo, in relazione ad una fornitura, avente caratteristiche tecniche ben precise, la loro modifica ad opera dell'aggiudicatario provvisorio, onde renderle conformi a quelle previste dalla lex specialis, si ripercuote inevitabilmente sull'offerta economica, con violazione della par condicio e del buon andamento dell'azione amministrativa.

L'aver offerto un prezzo che non ricomprende le valvole del materiale richiesto, né i predetti "camini", ha posto alla stazione appaltante l'ineludibile interrogativo circa il concreto esito della procedura, ove si fosse consentito a tutti i concorrenti di esprimere un'offerta avente le identiche caratteristiche tecniche di quella in concreto formulata dall'attuale ricorrente. Parimenti, l'accettazione dell'integrazione proposta, avrebbe sollevato dubbi in ordine alla congruità dell'offerta stessa, ab origine riferita ad una fornitura con caratteristiche tecniche parzialmente diverse.

A fronte dell'oggettiva, parziale, difformità tra quanto richiesto e quanto offerto, le ricorrenti avrebbero dovuto dimostrare il mancato impatto economico delle viste integrazioni all'offerta a suo tempo presentata, ciò che invece non è stato documentato, né in sede procedimentale, né in quella giurisdizionale.

A nulla rileva in contrario il fatto che la gara de qua fosse esperita con il metodo del prezzo più basso, e che non fosse richiesto ai concorrenti la presentazione di alcun progetto, essendo il medesimo elaborato unilateralmente ed in via preventiva dalla stazione appaltante che lo ha posto a base di gara, richiedendosi unicamente, sulla base del medesimo, di formulare la propria offerta economica.

Le ricorrenti lamentano ancora l'irragionevolezza del comportamento dell'Amministrazione laddove, in una gara da aggiudicarsi con l'offerta economicamente più vantaggiosa "le eventuali manchevolezze del progetto tecnico presentato dal concorrente avrebbero pacificamente determinato, unicamente, l'esclusione della gara", ma non anche l'escussione della cauzione.

L'argomento non ha pregio. Nelle procedure indette con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le caratteristiche qualitative del bene offerto, rappresentano un elemento rimesso ai concorrenti, che forma oggetto di valutazione, e che può dare luogo ad un punteggio esiguo, o addirittura all'esclusione, qualora non si raggiunga un valore minimo determinato. Tali fattispecie si collocano tuttavia cronologicamente prima dell'aggiudicazione provvisoria, e non comportano alcuna "responsabilità" del concorrente per mancata sottoscrizione del contratto. Diversamente, nel caso in cui la gara sia indetta al prezzo più basso, ai concorrenti non viene chiesta la redazione di alcun progetto, ma

unicamente la formulazione di un'offerta economica, che dà luogo direttamente all'aggiudicazione a favore di quella più bassa, ciò che segna l'esaurimento della fase pubblicitica di scelta del contraente. In tali casi, poiché il progetto già esiste, per essere stato elaborato ab origine dalla stazione appaltante, la legittimità dell'offerta è condizionata alla sua perfetta aderenza al medesimo. Nella fattispecie de qua, le ricorrenti hanno invece formulato un'offerta per un progetto non identico a quello posto a base di gara dalla stazione appaltante, non dimostrando che l'integrazione delle difformità riscontrate potesse essere effettuata senza alcun ulteriore costo a proprio carico.

Tale condotta costituisce fonte di responsabilità per la mancata successiva stipula del contratto, e giustifica il provvedimento di escussione impugnato in via principale, in applicazione dell'art. 75 c. 6 del D.Lgs. n. 163/06, norma espressamente richiamata dall'avviso di gara (punto "B"), secondo cui "la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario", dovendosi includere in tale definizione "qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 3.11.2010 n. 33141, C.S., Sez. VI, 4.8.2009 n. 4905).

Poiché, come già evidenziato, l'impugnato provvedimento di escussione contiene una motivazione plurima, riferita anche al fatto che "il progetto presenta difformità tecniche rispetto al capitolato di gara", per giurisprudenza pacifica, la mera erronea indicazione delle norme di legge su cui si fonda il provvedimento amministrativo, alias, l'art. 48 in luogo dell'art. 75 D.Lgs. n. 163 cit, non può costituire ex se, ragione di invalidità dell'atto (T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6.11.2003 n. 924).

In conclusione, il ricorso, per la parte in cui si dirige contro il provvedimento di escussione della cauzione, va respinto, per la parte che si dirige contro la segnalazione del fatto all'Autorità, va dichiarato inammissibile per inesistenza di quest'ultimo, e quanto al provvedimento di esclusione, va dichiarato irricevibile per tardività.

<https://www.diritto.it/legittima-escussione-della-cauzione-provvisoria-per-presentazione-di-progetto-diffor-me-a-quanto-richiesto-tar-sent-n-012612012/>