

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29032-legittima-escussione-della-cauzione-provvisoria-a-causa-della-mancata-dimostrazione-dei-requisiti-speciali-richiesti>

Autore: Lazzini Sonia

Legittima escussione della cauzione provvisoria a causa della mancata dimostrazione dei requisiti speciali richiesti

Tar Lombardia, Brescia, 29.01.2010 n. 428

Legittima escussione della cauzione provvisoria a causa della mancata dimostrazione dei requisiti speciali richiesti

il decorso del termine di 180 giorni per la aggiudicazione definitiva (che ha comportato anche la legittima escussione della cauzione provvisoria) non può che essere imputato al raggruppamento offerente, che non ha adempiuto all'onere di dimostrare il possesso dei requisiti soggettivi, a nulla rilevando che contemporaneamente fosse in discussione anche la ben diversa questione della esatta definizione delle condizioni del contratto, che avrebbe comunque dovuto avvenire nella successiva fase di stesura delle clausole del contratto.

Ne risulta il rigetto anche della domanda risarcitoria, non essendo ravvisabile un comportamento in concreto negligente ed addebitabile alla stazione appaltante.

Tutto ciò evidenzia come in effetti i termini contrattuali della particolare concessione oggetto di gara non potessero, nemmeno nel gennaio 2009, ritenersi puntualmente definiti, ma ciò non è comunque sufficiente ad escludere che sussistesse comunque l'obbligo, in capo alla ricorrente ed alle altre imprese consociate, di dimostrare il possesso dei requisiti soggettivi come richiesto dalla stazione appaltante, potendosi chiaramente evincere, sia dal capitolato speciale, che dall'offerta i cui contenuti sono stati specificati in sede di incontri bilaterali, come le condizioni atte a garantire l'equilibrio economico finanziario non avrebbero dovuto condizionare l'aggiudicazione definitiva.

Esse avrebbero dovuto incidere solo sull'eventuale successiva stipulazione del contratto, in sede della quale, laddove non ancora realizzatesi, sarebbero state incluse apposite clausole idonee a consentire all'offerente di sottrarsi, nel caso di impossibilità del concretizzarsi delle stesse, agli obblighi assunti senza alcuna responsabilità per inadempimento.

Ricorso per l'annullamento

- delle comunicazioni ai fini dell'inserimento nel casellario informatico ex art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 di dati per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione ex art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nonché per l'annotazione di tutte le altre notizie ritenute utili, effettuate dalla Provincia di Mantova con note del 4 febbraio 2009 prot. n. 5547, 5548, 5549, 5552, 5553, con riferimento all'affidamento in concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la gestione del raccordo ferroviario fra la linea Parma-Brescia e le aree industriali di Casalmaggiore - Viadana;
- della determinazione della Provincia di Mantova n. 97/2009 del 26 gennaio 2009 avente ad oggetto l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dall'aggiudicatario provvisorio della gara per la concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la gestione del raccordo ferroviario fra la linea Parma-Brescia e le aree industriali di Casalmaggiore - Viadana, a seguito di inadempimento contrattuale;
- di ogni atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati, inclusa, per quanto occorrere possa, la lettera di incameramento della cauzione prot. n. 09/4342 del 27 gennaio 2009, nonché la lettera di costituzione in mora prot. 67419 del 27 novembre 2008 della Provincia di Mantova.

La Provincia di Mantova, però, ritenendo che la mancata stipula del contratto entro il termine di validità dell'offerta non potesse essere addebitata alla medesima e rappresentando di stare provvedendo all'adozione del provvedimento di proroga del termine dell'offerta, intimava al costituendo R.T.I. la produzione della documentazione mancante per procedere all'aggiudicazione definitiva entro il termine perentorio di 15 giorni.

A tale proposito la RICORRENTE rappresentava, anche nel corso di apposito incontro intervenuto con la stazione appaltante, come non essendosi integrate le condizioni cui era stata, in sede di gara, subordinata la validità dell'offerta (in particolare acquisizione dell'autorizzazione di R.F.I. all'allacciamento con la linea ferroviaria e mancata assunzione, da parte di operatori locali, di impegno all'utilizzo del raccordo da affidare in concessione), l'aggiudicatario non potesse ritenersi obbligato alla stipulazione del contratto.

Ciononostante, in data 4 febbraio 2009 la Provincia di Mantova comunicava alla RICORRENTE s.p.a. la determinazione dirigenziale n. 97 del 26 gennaio 2009, con la quale l'ente appaltante si determinava a non procedere alla aggiudicazione definitiva, a tutelare le proprie ragioni mediante l'incameramento della cauzione provvisoria e a segnalare l'inadempimento all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, addebitando, quindi, tutto quanto sopra all'aggiudicatario provvisorio.

Avverso tale determinazione e le segnalazioni operate dalla Provincia, la RICORRENTE S.a. e le altre ditte che avrebbero dovuto costituire l'R.T.I. che ha partecipato alla gara hanno interposto il ricorso in esame, affidato alle seguenti censure:

1. violazione degli artt. 11 e 75 del d. lgs. 163/2006, della lex specialis della gara, dell'art. 27 del D.P.R. 34/00 e degli artt. 1326 e 1329 del codice civile. Il termine di validità delle offerte presentate in sede di gara è, come chiarito dalla giurisprudenza, una clausola di validità dell'offerta, equivalente alla durata della proposta e corrispondente al tempo per il quale l'offerente si impegna a tenere ferma la propria offerta. Ne deriva che, decorso tale termine, il concorrente deve ritenersi legittimato a rifiutare l'aggiudicazione senza incorrere in responsabilità da inadempimento, mentre all'Amministrazione è data facoltà di proseguire la gara tra i concorrenti che abbiano ritenuto di mantenere ferma l'offerta (TAR Lazio, 9 novembre 2005, n. 10904). Con la conseguenza che, secondo parte ricorrente, una volta scaduto il termine di efficacia dell'offerta, la stipulazione del contratto costituirebbe un atto di autonomia negoziale e non anche l'esecuzione di un impegno vincolante. Il rifiuto di stipulare il contratto dopo la scadenza del termine di validità dell'offerta, quindi, andrebbe qualificato come mera revoca della precedente offerta, non più valida e non anche come inadempimento contrattuale di un insussistente obbligo a stipulare, giustificante l'incameramento della cauzione.

Il rifiuto di stipulare il contratto sarebbe, in concreto, nel caso di specie, riconducibile all'impossibilità di realizzare le due condizioni cui l'offerta era stata subordinata, così come accettata dall'Amministrazione e cioè l'ottenere, prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva, la garanzia vincolante da parte di RFI a consentire il raccordo necessario per integrare l'opera con la rete ferroviaria italiana, nonché gli impegni vincolanti da parte degli operatori locali di utilizzo del raccordo per tutta la durata della concessione.

Non vi sarebbe, quindi, alcun inadempimento precontrattuale del raggruppamento rispetto agli impegni assunti con la partecipazione alla gara, essendosi lo stesso immediatamente attivato per la raccolta della documentazione occorrente per la aggiudicazione definitiva, mentre non altrettanto potrebbe dirsi con riferimento agli obblighi della stazione appaltante, che non ha procurato la realizzazione delle condizioni cui l'offerta era subordinata.

Secondo parte ricorrente sarebbero, quindi, illegittimi, per carenza dei presupposti necessari, non solo la determinazione dirigenziale, ma anche la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e la disposta esecuzione della cauzione provvisoria e ciò non solo quali atti consequenziali. Nel caso di specie, infatti, non si sarebbe in presenza di un'ipotesi di mancata stipula del contratto per fatto dell'impresa, in quanto il raggruppamento non si è rifiutato di stipulare il contratto di appalto, ma ha, invece, esercitato la facoltà, riconosciutagli dalla legge, di ritenere non più valida la propria offerta per il mancato verificarsi delle condizioni di efficacia del piano economico finanziario, già accettate dalla stazione appaltante. Mancherebbero, quindi, i presupposti sia per la segnalazione all'Autorità, che per l'incameramento della cauzione, che la giurisprudenza subordina all'accertamento di profili soggettivi di responsabilità per l'inadempimento, che non sarebbero ravvisabili, per quanto sopra, nel caso in esame; Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Ciò precisato in rito, una corretta comprensione della controversia in esame richiede preliminarmente di precisare come, nonostante parte ricorrente tenti di ricondurre la vicenda ad un'ipotesi di decadenza

del termine di validità dell'offerta per fatto imputabile alla stazione appaltante, l'Amministrazione abbia fondato i propri provvedimenti sulla mera constatazione della mancata produzione della documentazione atta a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. In particolare, nella fattispecie, le imprese - che avevano presentato la propria offerta dichiarando di intendere costituirsi in forma di raggruppamento temporaneo - avevano, successivamente all'aggiudicazione provvisoria, manifestato la volontà di costituire una società di progetto: ipotesi avallata dall'Amministrazione, che, nonostante quanto dedotto dalle ricorrenti, sostiene di aver fornito tutti i chiarimenti a ciò necessari.

5. A prescindere dall'accertamento della veridicità di tale affermazione, ciò che rileva in concreto è la circostanza, non smentita dalle imprese ricorrenti, della mancata produzione della documentazione relativa alla costituzione di tale società, in ordine alla quale a nulla rileva l'asserita mancata comunicazione dei chiarimenti richiesti, del tutto generici.

Diversamente opinando lo spirito della norma risulterebbe frustrato, in quanto il termine di vincolatività dell'offerta finirebbe paradossalmente per trasformarsi in un'opportunità per l'aggiudicatario di liberarsi da ogni impegno contrattuale assunto in sede di presentazione dell'offerta: basterebbe, infatti, allo stesso procrastinare la produzione dei documenti necessari alla stipula per poi poter invocare la sopravvenuta scadenza del termine per la produzione della documentazione e svincolarsi da ogni obbligo assunto con la presentazione dell'offerta.

In altre parole, come costantemente affermato dalla giurisprudenza in argomento, "Qualora la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa non sia fornita, ovvero non vi sia conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, si deve procedere all'esclusione del concorrente dalla gara e all'escussione della cauzione provvisoria. Quest'ultima conseguenza ha la funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da assicurare l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente. Pertanto, la mancata dimostrazione, nel previsto termine legale, del possesso dei requisiti prescritti dal bando, legittima l'esclusione dalla gara e, quale automatica conseguenza discendente ex lege, l'escussione della cauzione senza che possa darsi positivo rilievo né al carattere psicologico della violazione né all'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, ovvero alla produzione di documenti prescritti" (le parole sono della sentenza T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 02 marzo 2009, n. 2113).

A prescindere, quindi, dall'entrare nel merito della coerenza del comportamento tenuto dalla COSMA S.A., che il 4 novembre 2008 ha proposto - al fine di favorire il coordinamento della procedura di gara con le pratiche finalizzate al rilascio dell'autorizzazione all'allacciamento del realizzando raccordo alla rete ferroviaria italiana - di differire di ulteriori 90 giorni il termine di validità dell'offerta presentata in sede di gara (e pari a 180 giorni dalla presentazione dell'offerta) e solo pochi giorni dopo, il 10 novembre 2008 - rilevato l'intervenuto decorso del termine di 180 giorni senza che sia intervenuta alcuna proroga dello stesso, né alcuna proposta di differimento del termine da parte della stazione appaltante e ravvisata, allo stato, l'impossibilità di addivenire alla definizione della pratica per il rilascio dell'autorizzazione al raccordo - ha manifestato la volontà, ai sensi dell'art. 11 del d. lgs. 163/06, di avvalersi della facoltà di svincolarsi dalla presente procedura, tale ultima opzione non può essere ritenuta legittima.

Ciò in considerazione del fatto che, per quanto sopra rappresentato, il decorso del termine di 180 giorni per la aggiudicazione definitiva non può che essere imputato al raggruppamento offerente, che non ha adempiuto all'onere di dimostrare il possesso dei requisiti soggettivi, a nulla rilevando che contemporaneamente fosse in discussione anche la ben diversa questione della esatta definizione delle condizioni del contratto, che avrebbe comunque dovuto avvenire nella successiva fase di stesura delle clausole del contratto.

8. Ne risulta il rigetto anche della domanda risarcitoria, non essendo ravvisabile un comportamento in concreto negligente ed addebitabile alla stazione appaltante.

9. Sussistono, però, giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio, attesa la particolarità della fattispecie e soprattutto la mancata piena dimostrazione dell'effettiva collaborazione

della stazione appaltante, pur essendo incontestabile che fosse a carico dell'offerente l'onere di adempimento, al fine di addivenire ad una positiva conclusione del procedimento.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 428 del 29 gennaio 2009 emessa dal Tar Lombardia, Brescia

N. 00428/2010 REG.SEN.
N. 00356/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 356 del 2009, proposto da:
Ricorrente S.A, Ricorrente due Spa, RICORRENTE TRE - Costruzioni Linee Ferroviarie Spa, Ricorrente quattro Spa, ricorrente cinque Engineering Spa, rappresentate e difese dagli avv. Domenico Bezzi, Massimo Frontoni e Gianluca Luzi, con domicilio eletto presso Domenico Bezzi in Brescia, via Cadorna, 7;

contro

Provincia di Mantova, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Noschese, Eloisa Persegati Ruggerini, Lucia Salemi, con domicilio eletto presso Francesco Noschese in Brescia, via Cadorna, 7;

per l'annullamento

- delle comunicazioni ai fini dell'inserimento nel casellario informatico ex art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 di dati per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione ex art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, nonché per l'annotazione di tutte le altre notizie ritenute utili, effettuate dalla Provincia di Mantova con note del 4 febbraio 2009 prot. n. 5547, 5548, 5549, 5552, 5553, con riferimento all'affidamento in concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la gestione del raccordo ferroviario fra la linea Parma-Brescia e le aree industriali di Casalmaggiore - Viadana;
- della determinazione della Provincia di Mantova n. 97/2009 del 26 gennaio 2009 avente ad oggetto l'incameramento della cauzione provvisoria prestata dall'aggiudicatario provvisorio della gara per la concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la gestione del raccordo ferroviario fra la linea Parma-Brescia e le aree industriali di Casalmaggiore – Viadana, a seguito di inadempimento contrattuale;
- di ogni atto presupposto, antecedente, consequenziale o comunque connesso con quelli impugnati, inclusa, per quanto occorrere possa, la lettera di incameramento della cauzione prot. n. 09/4342 del 27 gennaio 2009, nonché la lettera di costituzione in mora prot. 67419 del 27 novembre 2008 della Provincia di Mantova.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Mantova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato la ditta RICORRENTE s.a., in proprio e nella sua qualità di designata mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con le imprese in epigrafe indicate, espone di aver partecipato ed essere risultata aggiudicataria provvisoria della gara indetta dalla Provincia di Mantova per all'affidamento in concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la gestione del raccordo ferroviario fra la linea Parma-Brescia e le aree industriali di Casalmaggiore – Viadana.

Con nota del 12 giugno 2008, la Provincia di Mantova chiedeva, quindi, all'aggiudicataria di produrre la documentazione relativa sia alla capogruppo, che alle imprese mandanti, per la dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, necessaria per addivenire alla stipula del contratto.

Considerato che la richiesta di chiarimenti inoltrata il 17 luglio 2008 (relativa alla documentazione da depositarsi laddove si fosse proceduto alla costituzione di una società di progetto ai sensi dell'art. 156 del d. lgs. 163/2006) era rimasta senza riscontro e che nell'incontro intervenuto il 9 settembre 2008, la ricorrente aveva rappresentato la necessità, come chiaramente risultante dall'offerta accettata dall'Amministrazione, di subordinare la stipula del contratto all'ottenimento dell'autorizzazione di R.F.I., la stessa, in data 4 novembre 2008 chiedeva all'Amministrazione la proroga del termine di 180 giorni di validità dell'offerta presentata in sede di gara.

Rimasta inevasa tale richiesta, in data 10 novembre 2008, dato atto del decorso del termine di 180 giorni per la validità dell'offerta, la ricorrente e tutti gli altri mandanti del costituendo R.T.I. revocavano la lettera del 4 novembre 2008 e,

preso atto dell'impossibilità di pervenire alla definizione delle pratiche finalizzate al rilascio dell'autorizzazione all'allacciamento del realizzando raccordo ferroviario, dichiarava di volersi avvalere della facoltà di svincolarsi dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 11, comma 6, del d. lgs. 163/2006.

La Provincia di Mantova, però, ritenendo che la mancata stipula del contratto entro il termine di validità dell'offerta non potesse essere addebitata alla medesima e rappresentando di stare provvedendo all'adozione del provvedimento di proroga del termine dell'offerta, intimava al costituendo R.T.I. la produzione della documentazione mancante per procedere all'aggiudicazione definitiva entro il termine perentorio di 15 giorni.

A tale proposito la RICORRENTE rappresentava, anche nel corso di apposito incontro intervenuto con la stazione appaltante, come non essendosi integrate le condizioni cui era stata, in sede di gara, subordinata la validità dell'offerta (in particolare acquisizione dell'autorizzazione di R.F.I. all'allacciamento con la linea ferroviaria e mancata assunzione, da parte di operatori locali, di impegno all'utilizzo del raccordo da affidare in concessione), l'aggiudicatario non potesse ritenersi obbligato alla stipulazione del contratto.

Ciononostante, in data 4 febbraio 2009 la Provincia di Mantova comunicava alla RICORRENTE s.p.a. la determinazione dirigenziale n. 97 del 26 gennaio 2009, con la quale l'ente appaltante si determinava a non procedere alla aggiudicazione definitiva, a tutelare le proprie ragioni mediante l'incameramento della cauzione provvisoria e a segnalare l'inadempimento all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, addebitando, quindi, tutto quanto sopra all'aggiudicatario provvisorio.

Avverso tale determinazione e le segnalazioni operate dalla Provincia, la RICORRENTE S.a. e le altre ditte che avrebbero dovuto costituire l'R.T.I. che ha partecipato alla gara hanno interposto il ricorso in esame, affidato alle seguenti censure:

1. violazione degli artt. 11 e 75 del d. lgs. 163/2006, della lex specialis della gara, dell'art. 27 del D.P.R. 34/00 e degli artt. 1326 e 1329 del codice civile. Il termine di validità delle offerte presentate in sede di gara è, come chiarito dalla giurisprudenza, una clausola di validità dell'offerta, equivalente alla durata della proposta e corrispondente al tempo per il quale l'offerente si impegna a tenere ferma la propria offerta. Ne deriva che, decorso tale termine, il concorrente deve ritenersi legittimato a rifiutare l'aggiudicazione senza incorrere in responsabilità da inadempimento, mentre all'Amministrazione è data facoltà di proseguire la gara tra i concorrenti che abbiano ritenuto di mantenere ferma l'offerta (TAR Lazio, 9 novembre 2005, n. 10904). Con la conseguenza che, secondo parte ricorrente, una volta scaduto il termine di efficacia dell'offerta, la stipulazione del contratto costituirebbe un atto di autonomia negoziale e non anche l'esecuzione di un impegno vincolante. Il rifiuto di stipulare il contratto dopo la scadenza del termine di validità dell'offerta, quindi, andrebbe qualificato come mera revoca della precedente offerta, non più valida e non anche come inadempimento contrattuale di un insussistente obbligo a stipulare, giustificante l'incameramento della cauzione.

Il rifiuto di stipulare il contratto sarebbe, in concreto, nel caso di specie, riconducibile all'impossibilità di realizzare le due condizioni cui l'offerta era stata subordinata, così come accettata dall'Amministrazione e cioè l'ottenere, prima del provvedimento di aggiudicazione definitiva, la garanzia vincolante da parte di RFI a consentire il raccordo necessario per integrare l'opera con la rete ferroviaria italiana, nonché gli impegni vincolanti da parte degli operatori locali di utilizzo del raccordo per tutta la durata della concessione.

Non vi sarebbe, quindi, alcun inadempimento precontrattuale del raggruppamento rispetto agli impegni assunti con la partecipazione alla gara, essendosi lo stesso immediatamente attivato per la raccolta della documentazione occorrente per la

aggiudicazione definitiva, mentre non altrettanto potrebbe dirsi con riferimento agli obblighi della stazione appaltante, che non ha procurato la realizzazione delle condizioni cui l'offerta era subordinata.

Secondo parte ricorrente sarebbero, quindi, illegittimi, per carenza dei presupposti necessari, non solo la determinazione dirigenziale, ma anche la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e la disposta esecuzione della cauzione provvisoria e ciò non solo quali atti consequenziali. Nel caso di specie, infatti, non si sarebbe in presenza di un'ipotesi di mancata stipula del contratto per fatto dell'impresa, in quanto il raggruppamento non si è rifiutato di stipulare il contratto di appalto, ma ha, invece, esercitato la facoltà, riconosciutagli dalla legge, di ritenere non più valida la propria offerta per il mancato verificarsi delle condizioni di efficacia del piano economico finanziario, già accettate dalla stazione appaltante. Mancherebbero, quindi, i presupposti sia per la segnalazione all'Autorità, che per l'incameramento della cauzione, che la giurisprudenza subordina all'accertamento di profili soggettivi di responsabilità per l'inadempimento, che non sarebbero ravvisabili, per quanto sopra, nel caso in esame;

2. violazione degli artt. 7 e 10 della legge 241/90, in quanto la mancata comunicazione di avvio del procedimento preordinato all'invio della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e all'incameramento della cauzione avrebbe precluso, in violazione del principio fondamentale che garantisce la partecipazione del destinatario del provvedimento finale, la possibilità di rappresentare le proprie ragioni e scongiurare l'adozione degli atti censurati.

Sulla scorta di quanto rappresentato parte ricorrente richiedeva, quindi, oltre all'annullamento degli atti censurati, anche la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

A tal fine essa ritiene che il comportamento dell'Amministrazione sia riconducibile ad una colpa della stessa, che avrebbe violato le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione cui doveva ispirarsi l'esercizio della funzione amministrativa, così causando un danno evidente, quale quello della compromissione dell'immagine delle ditte ricorrenti e della riduzione della possibilità di partecipare ad altre gare ad evidenza pubblica, oltre al danno derivante dalla disposta escussione della polizza fideiussoria. Danno che è, stato, in sintesi, quantificato in un importo non inferiore ai 2.000.000 di Euro, oltre ai costi sostenuti per lo studio e la partecipazione alla gara, reso inutile dalla colpevole inerzia della stazione appaltante, pari a circa il 3 % dell'importo contrattuale offerto (Euro 1.290.000,00), nonché il rimborso della somma escussa (430.000,00 Euro).

Si è costituita in giudizio la Provincia di Mantova, eccependo in primo luogo la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla controversia in esame e l'esistenza di una litispendenza derivante dall'avvenuta proposizione, da parte della Provincia, prima della notifica del ricorso avvenuta in data 7 aprile 2009 (e più precisamente in data 26 marzo 2009), di un'azione monitoria che ha portato alla concessione del decreto ingiuntivo e rispetto alla quale risulta tuttora pendente il giudizio.

Nel merito la stazione appaltante sostiene l'infondatezza del ricorso sia sotto il profilo della lamentata partecipazione al procedimento, che sarebbe giustificata dalla natura di provvedimenti meramente consequenziali e vincolati che caratterizzerebbe sia la segnalazione all'Autorità, che l'escussione della cauzione, che per quanto riguarda l'imputazione a parte ricorrente delle conseguenze di quello che è stato qualificato come un inadempimento contrattuale da parte dell'offerente.

A tale memoria ha replicato parte ricorrente, contestando la ravvisata carenza di giurisdizione del giudice amministrativo -, atteso che nella fattispecie non è mai stato stipulato il contratto, né si è addivenuti all'aggiudicazione definitiva -, l'inesistenza della litispendenza – in ragione dell'esercizio delle due azioni avanti due diverse giurisdizioni – e la fondatezza dei vizi dedotti con il ricorso.

In vista della pubblica udienza la Provincia di Mantova ha eccepito anche l'inammissibilità del ricorso per difetto di contraddittorio, a causa della mancata notificazione del ricorso all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici quale soggetto controinteressato.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2010 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Deve essere preliminarmente rigettata l'eccezione di parte resistente volta ad ottenere la declaratoria di inammissibilità del ricorso da ultimo introdotta da parte resistente, non potendosi ritenere che l'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici possa assumere la qualità di controinteressato in un caso come quello in esame. Rispetto all'iscrizione nel casellario informatico, infatti, l'Autorità, che è soggetto preposto alla tenuta del medesimo, non può dirsi titolare di un interesse concreto ed attuale, contrapposto a quello del ricorrente, coincidente con la conservazione del provvedimento impugnato, tale da legittimare la medesima alla costituzione in giudizio e, a monte, da imporre la notifica del ricorso all'Autorità stessa.

2. Né miglior sorte tocca all'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Nel caso di specie, infatti, non solo non vi è stata la stipulazione del contratto – che normalmente rappresenta il discrimine tra ambito di competenza del giudice amministrativo (avente cognizione sul procedimento che conduce

all'individuazione del contraente) e del giudice ordinario (avente cognizione su ogni questione relativa all'adempimento del contratto stipulato), ma non è nemmeno intervenuta l'aggiudicazione definitiva, per cui deve ritenersi che si controverta ancora nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto.

A sostegno di tale conclusione basti ricordare la copiosa giurisprudenza dalla quale si inferisce come la procedura di aggiudicazione non possa dirsi conclusa sino a che non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva (in tal senso, tra le altre, T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 29 gennaio 2009 , n. 149).

Il corretto inquadramento della fattispecie in termini di verifica delle ragioni che hanno determinato la mancata adozione dell'aggiudicazione definitiva e la conseguente mancata stipulazione del contratto, consente, pertanto, non solo di risolvere puntualmente la questione dell'individuazione del giudice competente, ma anche di ricondurre la medesima ad un ipotesi di violazione degli obblighi precontrattuali gravanti sull'odierna ricorrente e correlati alla diligenza imposta alle parti nel porre in essere le attività cui sono tenute per addivenire alla stipula del contratto.

3. Ravvisata la giurisdizione di questo Tribunale, deve, peraltro, darsi atto di come nel caso di specie l'escussione della cauzione fosse già, prima della notifica del ricorso in esame, sub iudice del giudice ordinario, adito per ottenere l'adozione di un decreto ingiuntivo. Non può, però, ritenersi sussistere la litispendenza nel senso invocato da parte resistente.

Tra i due giudizi non si pone un problema di violazione del principio del ne bis in idem, in quanto l'accertamento della legittimità del titolo escusso (e cioè della determina sulla scorta della quale si è ritenuto sussistere l'inadempimento dell'obbligo di stipulare) deve ritenersi precluso al giudice ordinario, dal che ne deriva, semmai, che sarebbe il giudizio ordinario, avente ad oggetto l'opposizione al decreto ingiuntivo, laddove fosse incentrato sull'infondatezza della pretesa della

Provincia, quale conseguenza dell'illegittimità dell'atto dalla stessa adottato, a dover essere semmai sospeso in attesa della pronuncia del giudice amministrativo. Non è vero, invece, il contrario, atteso che l'esito dell'opposizione al decreto ingiuntivo comunque non potrebbe avere alcuna refluenza sulla legittimità degli atti prodromici che hanno condotto all'escussione della cauzione (sulla natura dell'opposizione al decreto ingiuntivo di escussione della cauzione cfr. Tribunale Roma, II 18 settembre 2006).

4. Ciò precisato in rito, una corretta comprensione della controversia in esame richiede preliminarmente di precisare come, nonostante parte ricorrente tenti di ricondurre la vicenda ad un'ipotesi di decadenza del termine di validità dell'offerta per fatto imputabile alla stazione appaltante, l'Amministrazione abbia fondato i propri provvedimenti sulla mera constatazione della mancata produzione della documentazione atta a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. In particolare, nella fattispecie, le imprese - che avevano presentato la propria offerta dichiarando di intendere costituirsi in forma di raggruppamento temporaneo - avevano, successivamente all'aggiudicazione provvisoria, manifestato la volontà di costituire una società di progetto: ipotesi avallata dall'Amministrazione, che, nonostante quanto dedotto dalle ricorrenti, sostiene di aver fornito tutti i chiarimenti a ciò necessari.

5. A prescindere dall'accertamento della veridicità di tale affermazione, ciò che rileva in concreto è la circostanza, non smentita dalle imprese ricorrenti, della mancata produzione della documentazione relativa alla costituzione di tale società, in ordine alla quale a nulla rileva l'asserita mancata comunicazione dei chiarimenti richiesti, del tutto generici.

Diversamente opinando lo spirito della norma risulterebbe frustrato, in quanto il termine di vincolatività dell'offerta finirebbe paradossalmente per trasformarsi in un'opportunità per l'aggiudicatario di liberarsi da ogni impegno contrattuale

assunto in sede di presentazione dell'offerta: basterebbe, infatti, allo stesso procrastinare la produzione dei documenti necessari alla stipula per poi poter invocare la sopravvenuta scadenza del termine per la produzione della documentazione e svincolarsi da ogni obbligo assunto con la presentazione dell'offerta.

In altre parole, come costantemente affermato dalla giurisprudenza in argomento, “Qualora la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico- organizzativa non sia fornita, ovvero non vi sia conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, si deve procedere all'esclusione del concorrente dalla gara e all'escussione della cauzione provvisoria. Quest'ultima conseguenza ha la funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da assicurare l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente. Pertanto, la mancata dimostrazione, nel previsto termine legale, del possesso dei requisiti prescritti dal bando, legittima l'esclusione dalla gara e, quale automatica conseguenza discendente ex lege , l'escussione della cauzione senza che possa darsi positivo rilievo né al carattere psicologico della violazione né all'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, ovvero alla produzione di documenti prescritti” (le parole sono della sentenza T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 02 marzo 2009 , n. 2113).

Nel merito, quindi, la questione risulta essere incentrata sulla riconducibilità a fatto del raggruppamento ricorrente dell'impossibilità di addivenire all'aggiudicazione definitiva quale conseguenza della mancata produzione della documentazione a tale fine necessaria, espressamente richiesta dalla stazione appaltante e mai prodotta.

6. Nel caso di specie, invero, come già accennato, parte ricorrente opera una ricostruzione dei fatti tesa a trarre in inganno, tentando di sostenere che la mancata aggiudicazione definitiva debba essere ricondotta non alla carenza nella produzione dei documenti richiesti al fine di dimostrare i requisiti personali, eventualmente imputabile al concorrente, quanto all'accertata impossibilità del verificarsi delle condizioni cui il R.T.I. odierno ricorrente aveva subordinato la propria offerta.

Se ciò fosse vero, la questione non potrebbe che essere risolta se non in termini di accertamento dapprima della legittimità ed efficacia delle condizioni a cui l'offerta è stata subordinata e poi dell'eventuale imputabilità del mancato verificarsi delle condizioni alla stessa offerente.

A tale proposito deve darsi atto che è pur vero che l'art. 20 del disciplinare di gara stabiliva la esclusione delle offerte contenenti eccezioni e/o riserve alle condizioni del capitolato speciale ovvero sottoposte a condizione, ma l'amministrazione, avendo proceduto all'aggiudicazione provvisoria alla COSMA e alle sue mandanti, ha, di fatto, accettato le condizioni contenute nell'offerta, implicitamente derogando al capitolato stesso, come si avrà modo di meglio dimostrare nel prosieguo. Tant'è che, dopo l'aggiudicazione provvisoria e la richiesta, da parte della Provincia, di produzione della documentazione atta a dimostrare il possesso dei requisiti da parte delle ditte odierne ricorrenti, sono invero intervenute trattative tra le parti (come si legge nel verbale dell'incontro del 9 settembre 2008 prodotto in giudizio) volte a chiarire le condizioni apposte dalle ditte partecipanti alla gara in raggruppamento per potersi raggiungere un equilibrio economico-finanziario e, quindi, per potersi ritenere efficace l'offerta presentata, le quali (trattative) sono andate a sovrapporsi ai contatti intervenuti al fine di meglio individuare la documentazione da prodursi per attestare il possesso dei requisiti da parte di una società di progetto. Dalla lettura del suddetto verbale emerge come:

- a) la stazione appaltante fosse inequivocabilmente a conoscenza delle condizioni al cui realizzarsi l'offerente ha subordinato l'efficacia della propria offerta, peraltro qualificando espressamente gli impegni da assumersi da parte della stazione appaltante in termini di acquisizione delle necessarie autorizzazioni e di espliciti impegni di utilizzatori del servizio a servirsi dello stesso come "condizioni/presupposti di equilibrio", al fine di far sorgere l'obbligo di revisione del piano, nel caso in cui essi non fossero rispettati;
- b) stazione appaltante ed offerente abbiano concordato sulla circostanza per cui l'aggiudicazione definitiva avrebbe potuto intervenire soltanto quando RFI avesse espressamente autorizzato l'allacciamento alla rete ferroviaria di sua competenza. È peraltro vero che, seppur non senza una certa incoerenza, le stesse parti hanno anche concordato che, fermo restando l'impegno dell'offerente a fornire quanto prima la documentazione di sua competenza per il "confezionamento" della domanda di autorizzazione all'allacciamento (così lasciando intendere come l'onere fosse a carico della stazione appaltante), "nel caso si rendesse necessario procedere all'aggiudicazione definitiva e/o alla sottoscrizione del contratto di concessione antecedentemente al rilascio dei provvedimenti autorizzativi di RFI, saranno elaborati idonei strumenti di garanzia per escludere che il Concessionario possa subire l'escussione delle cauzioni dallo stesso fornite, e in particolare della cauzione definitiva";
- c) i termini economico-finanziari dell'offerta non potevano dirsi puntualmente definiti posto che a conclusione dell'incontro intervenuto proprio per chiarire gli elementi dell'equilibrio economico-finanziario rappresentato nell'offerta, le parti danno atto che l'offerente, pur riconoscendo che il rischio di impresa (che il raggruppamento avrebbe voluto evitare imponendo alla Provincia di acquisire previamente la disponibilità ad utilizzare il servizio dei soggetti destinatari del medesimo, in ragione della particolarità della concessione in parola, in quanto gli

operatori identificabili quali potenziali utenti del raccordo sono circoscritti ad un gruppo limitato di soggetti e non rappresentano, come avviene invece normalmente, una molteplicità indeterminata di soggetti) è di competenza del Concessionario, si è riservato la facoltà di formulare “proposte tenendo conto delle osservazioni della stazione appaltante, finalizzate ad identificare circostanze eccezionali, e, quindi, che vanno oltre il normale rischio di impresa, che potrebbero incidere sul mercato del raccordo e/o finalizzate a specificare l’impegno dell’Ente concedente ad adottare un criterio di correttezza e buona fede nell’assumere iniziative dirette ad incentivare l’utilizzo del raccordo durante tutta la durata della concessione”.

7. Tutto ciò evidenzia come in effetti i termini contrattuali della particolare concessione oggetto di gara non potessero, nemmeno nel gennaio 2009, ritenersi puntualmente definiti, ma ciò non è comunque sufficiente ad escludere che sussistesse comunque l’obbligo, in capo alla ricorrente ed alle altre imprese consociate, di dimostrare il possesso dei requisiti soggettivi come richiesto dalla stazione appaltante, potendosi chiaramente evincere, sia dal capitolato speciale, che dall’offerta i cui contenuti sono stati specificati in sede di incontri bilaterali, come le condizioni atte a garantire l’equilibrio economico finanziario non avrebbero dovuto condizionare l’aggiudicazione definitiva. Esse avrebbero dovuto incidere solo sull’eventuale successiva stipulazione del contratto, in sede della quale, laddove non ancora realizzatesi, sarebbero state incluse apposite clausole idonee a consentire all’offerente di sottrarsi, nel caso di impossibilità del concretizzarsi delle stesse, agli obblighi assunti senza alcuna responsabilità per inadempimento.

A prescindere, quindi, dall’entrare nel merito della coerenza del comportamento tenuto dalla COSMA S.A., che il 4 novembre 2008 ha proposto - al fine di favorire il coordinamento della procedura di gara con le pratiche finalizzate al rilascio dell’autorizzazione all’allacciamento del realizzando raccordo alla rete ferroviaria

italiana - di differire di ulteriori 90 giorni il termine di validità dell'offerta presentata in sede di gara (e pari a 180 giorni dalla presentazione dell'offerta) e solo pochi giorni dopo, il 10 novembre 2008 - rilevato l'intervenuto decorso del termine di 180 giorni senza che sia intervenuta alcuna proroga dello stesso, né alcuna proposta di differimento del termine da parte della stazione appaltante e ravvisata, allo stato, l'impossibilità di addivenire alla definizione della pratica per il rilascio dell'autorizzazione al raccordo - ha manifestato la volontà, ai sensi dell'art. 11 del d. lgs. 163/06, di avvalersi della facoltà di svincolarsi dalla presente procedura, tale ultima opzione non può essere ritenuta legittima.

Ciò in considerazione del fatto che, per quanto sopra rappresentato, il decorso del termine di 180 giorni per la aggiudicazione definitiva non può che essere imputato al raggruppamento offerente, che non ha adempiuto all'onere di dimostrare il possesso dei requisiti soggettivi, a nulla rilevando che contemporaneamente fosse in discussione anche la ben diversa questione della esatta definizione delle condizioni del contratto, che avrebbe comunque dovuto avvenire nella successiva fase di stesura delle clausole del contratto.

8. Ne risulta il rigetto anche della domanda risarcitoria, non essendo ravvisabile un comportamento in concreto negligente ed addebitabile alla stazione appaltante.

9. Sussistono, però, giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio, attesa la particolarità della fattispecie e soprattutto la mancata piena dimostrazione dell'effettiva collaborazione della stazione appaltante, pur essendo incontestabile che fosse a carico dell'offerente l'onere di adempimento, al fine di addivenire ad una positiva conclusione del procedimento.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe indicato, nonché la correlata domanda di risarcimento del danno.

Spese compensate.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2010

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

IL SEGRETARIO