

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29665-e-illegittimo-un-bando-che-calcoli-l-importo-della-cauzione-provvisoria-su-di-un-solo-anno-e-non-sull-intera-durata-contrattuale-risulta-in-maniera-evidente-come-la-previsione-della-lex-specialis>

Autore: Lazzini Sonia

**E' illegittimo un bando che calcoli l'importo della cauzione provvisoria su di un solo anno e non sull'intera durata contrattuale risulta, in maniera evidente, come la previsione della lex specialis contrasti con quanto stabilito dal riportato art. 75,**

**Tar Calabria, Catanzaro, 11.05.2010 n. 718**

**E' illegittimo un bando che calcoli l'importo della cauzione provvisoria su di un solo anno e non sull'intera durata contrattuale**

**risulta, in maniera evidente, come la previsione della lex specialis contrasti con quanto stabilito dal riportato art. 75, in quanto consente che l'entità della cauzione venga determinata avendo riguardo ad un solo anno di durata dell'appalto e non all'intero periodo preso in esame dalla stessa amministrazione aggiudicatrice**

nell'ambito di una gara relativa ad un servizio pluriennale, la base d'asta sulla quale calibrare la cauzione provvisoria del 2%, ai sensi dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, deve tenere conto dell'intero periodo di tempo oggetto dell'impegno contrattuale;

La natura e la funzione della cauzione provvisoria e la stessa formulazione perentoria della norma di legge inducono a ritenere che l'art. 75 – da interpretare nel senso indicato quando vengono in rilievo, come nel caso in esame, appalti aventi durata pluriennale – abbia natura imperativa e, pertanto, non possa essere derogato dalle singole stazioni appaltanti.

una volta accertata la illegittimità dell'atto di aggiudicazione, derivata da un vizio della lex specialis, con conseguente rinnovazione dell'intero iter procedimentale, l'eventuale accoglimento nel merito anche del ricorso incidentale non sarebbe idoneo a consentire la conservazione del bene della vita preteso e dunque a fare ottenere alla controinteressata una utilità maggiore rispetto a quella conseguibile all'esito della suddetta rinnovazione.

La prevalente giurisprudenza amministrativa ritiene, condivisibilmente, che devono essere impugnate immediatamente soltanto le clausole che impediscono la partecipazione alla gara e non anche le clausole relative alle modalità di presentazione delle offerte (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217; Id., 14 gennaio 2009, n. 102; Id., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699). In quest'ultimo caso, infatti, la lesione della situazione giuridica fatta valere diventa concreta ed attuale soltanto quanto la stazione appaltante, proseguendo nell'iter procedimentale, emana l'atto di aggiudicazione a favore di un altro operatore economico. In altri termini, non sussiste un onere di immediata impugnazione in presenza di asserite illegittimità di atti preparatori rispetto all'atto finale che, per il loro contenuto precettivo, non determinano un arresto procedimentale.

La ricorrente assume la illegittimità dell'atto di aggiudicazione e del bando di gara.

In particolare, si deduce la violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 in tema di cauzione provvisoria, nonché la violazione e l'errata interpretazione del bando di gara e dell'art. 13 del capitolato speciale d'appalto. Ciò in quanto la predetta norma, correttamente interpretata, imporrebbe che la

garanzia sia pari al 2% dell'importo complessivo dell'appalto che tenga conto della sua effettiva durata. Nel caso in esame, sottolinea la ricorrente, invece, l'art. 13 del capitolato speciale prevede che la cauzione debba essere pari al 2% dell'importo netto annuale posto a base di gara.

Alla luce di tale motivazione, la ricorrente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione, l'accertamento del "diritto" all'aggiudicazione, e la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

2.— Si è costituita in giudizio l'amministrazione sanitaria chiedendo il rigetto del ricorso per infondatezza delle censure formulate. Nell'atto di costituzione si sottolinea come, in ogni caso, «il massimo bene della vita ottenibile da parte della ricorrente è la ripetizione dell'intera procedura e non già la diretta aggiudicazione dell'appalto».

3.— Si è costituita in giudizio la controinteressata deducendo, in via preliminare, la irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione del bando di gara e del capitolato speciale. Nel merito si assume la infondatezza delle doglianze prospettate.

3.1.— Con successivo atto la controinteressata ha proposto ricorso incidentale per i seguenti motivi: a) invalidità della polizza fideiussoria la cui efficacia era sottoposta alla condizione sospensiva dell'intervenuto pagamento delle rate del premio che non risulta avvenuto, con conseguente violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006; b) mancata sottoscrizione da parte del direttore tecnico di una dichiarazione sostitutiva avente ad oggetto l'inesistenza di condizioni ostative alla partecipazione a pubblici appalti, atteso che la dichiarazione resa recherebbe soltanto il timbro della ditta mandataria e la sigla non leggibile del rappresentante legale dell'impresa; c) violazione del disciplinare tecnico nella parte in cui prescrive le caratteristiche minime dei servizi da prestare.

3.2.— Con un ulteriore atto la controinteressata ha proposto motivi aggiunti al ricorso incidentale adducendo: a) la violazione dell'art. 7, punto, del capitolato speciale; b) la violazione dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 7 del capitolato speciale, sub punto 1, lettere c) e d); in particolare si adduce la mancata dichiarazione circa la insussistenza di cause ostative alla partecipazione alle gare pubbliche da parte di un soggetto munito di poteri di rappresentanza.

3.3.— Con un terzo atto la controinteressata ha proposto ulteriori motivi aggiunti deducendo la violazione dell'art. 7, punto, 1, lettere i) ed l), dell'art. 7 del capitolato speciale.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Con ordinanza cautelare del 5 febbraio 2010 questo Tribunale ha accolto la domanda cautelare per le seguenti ragioni: «considerato che l'art. 13 del capitolato speciale prevede che, a garanzia dell'offerta, i candidati sono tenuti a prestare una cauzione provvisoria "per un importo pari al 2% dell'importo netto annuale posto a base di gara"; che l'impresa aggiudicataria ha presentato l'offerta ponendo a corredo della stessa una garanzia pari al 2% dell'importo netto annuale, come previsto nel bando; che, all'esito di una sommaria delibazione, deve ritenersi che l'art. 75 del Codice degli appalti deve essere inteso nel senso che "nell'ambito di una gara relativa ad un servizio pluriennale, la base d'asta sulla quale calibrare la cauzione provvisoria del 2%", ai sensi del predetto art. 75, "deve tenere conto dell'intero periodo di tempo oggetto dell'impegno contrattuale" (Consiglio di Stato, ordinanza n. 6257 del 2009); che tale disposizione, incidendo sulla serietà dell'offerta, pone un precetto imperativo posto a tutela della concorrenza (Corte cost. n. 401 del 2007); che, pertanto, il bando di gara, limitando la prestazione della cauzione all'importo annuale e non a quello pluriennale, deve ritenersi in contrasto con la predetta norma imperativa; che quanto sin qui esposto non richiede la pronuncia, in sede cautelare, in ordine ai motivi posti a base del ricorso in via incidentale, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale relativo al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale; che, pertanto, in accoglimento della domanda cautelare e a conferma di quanto disposto con il decreto cautelare già adottato, sospende gli effetti dell'atto di aggiudicazione in attesa della definizione nel merito della controversia».

7.— Con ordinanza del 23 marzo 2010 il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello sottolineando che l'ordinanza di questo Tribunale «non appare censurabile nella presente fase cautelare, anche in considerazione del fatto che la clausola del bando risulta espressamente impugnata in primo grado».

L'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che «l'offerta è corredata da una garanzia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente».

L'imposizione di tale cauzione ha una funzione essenziale nell'ambito delle procedure di gara.

In particolare, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007, ha sottolineato che «le disposizioni relative alla prestazione delle garanzie a corredo dell'offerta si iscrivono nella fase di individuazione del contraente e tendono, unitamente a tutte quelle preordinate a disciplinare il sistema delle offerte, a garantire la competitività e la concorrenzialità delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture».

La giurisprudenza amministrativa ha, inoltre, ulteriormente puntualizzato che la cauzione, sempre nell'ottica di assicurare il principio di libera concorrenza, garantisce la serietà dell'offerta (Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885), garantendo, si può aggiungere, una competizione effettiva tra le imprese.

In questa prospettiva, la stessa giurisprudenza ha chiarito che «nell'ambito di una gara relativa ad un servizio pluriennale, la base d'asta sulla quale calibrare la cauzione provvisoria del 2%, ai sensi dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, deve tenere conto dell'intero periodo di tempo oggetto dell'impegno contrattuale» (Consiglio di Stato, ordinanza n. 6257 del 2009).

La natura e la funzione della cauzione provvisoria e la stessa formulazione perentoria della norma di legge inducono a ritenere che l'art. 75 – da interpretare nel senso indicato quando vengono in rilievo, come nel caso in esame, appalti aventi durata pluriennale – abbia natura imperativa e, pertanto, non possa essere derogato dalle singole stazioni appaltanti.

Nel caso in esame la sezione III.1 del bando di gara, tra le condizioni relative all'appalto, prevede il versamento di una cauzione provvisoria secondo le modalità indicate nel capitolato speciale.

L'art. 13 del predetto capitolato stabilisce che «a garanzia dell'offerta, i candidati sono tenuti a presentare una cauzione provvisoria che dovrà, a pena di esclusione, essere incondizionata e avere le seguenti caratteristiche: (...) essere rilasciata per un importo pari al 2% dell'importo netto annuale posto a base di gara». Tale disposizione riguarda tutti i concorrenti, comprese le Ati, per le quali il capitolato speciale (pag. 12) prevede soltanto alcune modalità di prestazione della cauzione che non attiene al profilo della sua entità.

4.3.– Da quanto esposto risulta, in maniera evidente, come la previsione della *lex specialis* contrasti con quanto stabilito dal riportato art. 75, in quanto consente che l'entità della cauzione venga determinata avendo riguardo ad un solo anno di durata dell'appalto e non all'intero periodo preso in esame dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Tale contrasto comporta la illegittimità in parte qua del bando e non la sua integrazione con la previsione legislativa. La integrazione è, infatti, possibile unicamente in presenza di lacune dell'atto amministrativo generale ma non anche quando la stazione appaltante abbia previsto una clausola in contrasto con la legge. Argomentando diversamente si inciderebbe negativamente sul principio, di rilevanza costituzionale e comunitaria, della par condicio dei concorrenti, in quanto verrebbero pregiudicati gli operatori economici che, nella fase procedimentale, hanno fatto “affidamento” sul contenuto di quella determinata clausola che, tra l'altro, per le esposte ragioni processuali, non è passibile di immediata impugnazione.

L'accertata illegittimità della clausola del bando comporta, pertanto, l'obbligo dell'amministrazione appaltante di rinnovare la procedura di gara mediante la predisposizione di un nuovo bando che tenga conto delle prescrizioni imperative di legge e assicuri così una partecipazione, in condizioni di eguaglianza, degli operatori economici del settore interessati all'appalto stesso.

Ne consegue che non può trovare accoglimento la domanda della ricorrente con la quale si chiede che l'appalto venga ad essa “aggiudicato”.

Deve, inoltre, essere rigettata la domanda di risarcimento del danno, in quanto la ricorrente non ha dimostrato in alcun modo, a prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo, il concreto pregiudizio patrimoniale subito a causa dell'illegittimità del provvedimento stesso.

Si legga anche

**N. 06257/2009 REG.ORD.SOSP.**  
**N. 09262/2009 REG.RIC.**



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

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

Sul ricorso numero di registro generale 9262 del 2009, proposto da:  
ALFA S.a.s. di M. Luigia & C., rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Mescia,  
Giacomo Mescia, con domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in Roma, via  
Giovanni Paisiello 55;

***contro***

BETA di Luigi G., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio De Lucia, con  
domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria N.2;

***nei confronti di***

Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata;

***per la riforma***

della ordinanza sospensiva del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n.  
00622/2009, resa tra le parti, concernente GARA PER IL TRASPORTO DI  
CAMPIONI DIAGNOSTICI.

Visto l'art. 21, u.c., della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dalla  
legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza di reiezione della domanda cautelare proposta in primo grado;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETA di Luigi G.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2009 il dott. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Antonio Mescia e Picciano per delega di De Lucia;

Ritenuto, quanto alla questione preliminare relativa all'ammissibilità dell'istanza cautelare di primo grado, che la relativa eccezione risulta infondata alla luce del condivisibile orientamento giurisprudenziale ribadito di recente dalla decisione del CGAS 26 gennaio 2006, n. 29;

Reputato, quanto al merito, che risulta condivisibile l'interpretazione sostenuta dal Primo Giudice secondo cui, nell'ambito di una gara relativa ad un servizio pluriennale, la base d'asta sulla quale calibrare la cauzione provvisoria del 2%, ai sensi dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, deve tenere conto dell'intero periodo di tempo oggetto dell'impegno contrattuale;

Ritenuto, infine, che le spese della presente fase cautelare debbano essere liquidate seguendo la regola della soccombenza nella misura in dispositivo specificata;

P.Q.M.

Respinge l'appello.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore della controparte costituita, delle spese relative alla presente fase cautelare, che liquida nella misura di 2.000 (duemila) euro.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2009

IL SEGRETARIO

\*\*\*\*\*

Copia conforme alla presente ordinanza (relativa al ricorso numero 9262/2009) è stata trasmessa al .....

.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17/08/1907 n. 642.

Roma .....

IL DIRIGENTE

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 718 dell ' 11 maggio pronunciata dal Tar Calabria, Catanzaro

**N. 00718/2010 REG.SEN.  
N. 00064/2010 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 Calabria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 64 del 2010, proposto da:  
Ricorrente Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Lillo, con domicilio eletto presso Giuseppe Bova in Catanzaro L., via Corace, 46;

***contro***

Azienda Ospedaliera "Pugliese-Ciaccio" di Catanzaro, rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo Gualtieri, Florenza Russo, con domicilio eletto presso Alfredo Gualtieri in Catanzaro, via Vittorio Veneto, 48;

***nei confronti di***

Ati Controinteressata Facility Management Spa, controinteressata quattro Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Stefano Baccolini, Francesco Rizzo, Valerio Zimatore, con domicilio eletto presso Valerio Zimatore in Catanzaro, via Buccarelli 49; Controinteressata Servizi Ambientali Spa; Servizi Controinteressata due Alle Imprese Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Valerio Zimatore, Stefano Baccolini, Francesco Rizzo, con domicilio eletto presso Valerio Zimatore in Catanzaro, via Buccarelli 49; American Controinteressata tre Ospedaliera Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Valerio Zimatore, Stefano Baccolini, Francesco Rizzo, con domicilio eletto presso Valerio Zimatore in Catanzaro, via Buccarelli



49, rappresentato e difeso dagli avv. Felice Laudadio, Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso Giuseppe Spadafora in Catanzaro, via XX Settembre, 63; Aimeri Ambiente S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Rizzo, Stefano Baccolini, Valerio Zimatore, con domicilio eletto presso Valerio Zimatore in Catanzaro, via Buccarelli 49;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

- della Deliberazione del Direttore Generale della Azienda Ospedaliera “Pugliese-Ciaccio” di Catanzaro n.57/P del 21 dicembre 2009, conosciuta il 29 dicembre 2009, recante l’approvazione dei verbali del seggio di gara e della Commissione Tecnica e l’aggiudicazione definitiva alla costituenda Ati Controinteressata Facility Management S.p.A. (capogruppo mandataria) con Controinteressata servizi ambientali S.p.A (mandante), Servizi controinteressata due alle imprese S.r.l. (mandante), American Controinteressata tre Ospedaliera S.p.A (mandante),controinteressata quattro S.p.A. (mandante) dell’appalto del Global Service comprendente i servizi di: - pulizia, raccolta e smaltimento rifiuti sanitari e/o pericolosi – disinfestazione – noleggio dispensatori igienici – trasporto lavanolo-biancheria piana, confezionata a materasseria - fornitura tessuti sterili per sale operatorie – anni 5 al prezzo di € 6.578.104,02 annui e di € 33.79.522,10 per tutta la durata contrattuale quinquennale;

dei verbali delle sedute del Seggio di gara e della Commissione tecnica nella parte in cui hanno ammesso a partecipare l’Ati Controinteressata F.M. S.p.A e le hanno aggiudicato provvisoriamente l’appalto;

della comunicazione dell’Azienda Ospedaliera “Pugliese-Ciaccio” prot.n.1949 del 17 novembre 2009;

della comunicazione dell’Azienda Ospedaliera “Pugliese-Ciaccio” prot.n.35596 del 29 dicembre 2009;

del parere dell'Ufficio Legale dell'Ente reso in data 28 dicembre 2009, ancorchè non conosciuto;

in parte qua, del bando di gara e del capitolato speciale contenente la disciplina di gara interpretata ed applicata in violazione delle fonti normative nazionali e comunitarie degli appalti pubblici di servizi;

di ogni altro provvedimento preordinato o connesso, ancorché successivo e non conosciuto, in quanto lesivo della posizione ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera "Pugliese-Ciaccio" di Catanzaro;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ati Controinteressata Facility Management Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Servizi Controinteressata due Alle Imprese Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di American Controinteressata tre Ospedaliera Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dicontrointeressata quattro Spa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aimeri Ambiente S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 09/04/2010 il dott. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

1.- La ricorrente ha esposto che l'azienda ospedaliera Pugliese-Ciaccio di Catanzaro ha indetto una gara per l'affidamento di un appalto comprendente i

servizi di pulizia, raccolta e smaltimento rifiuti sanitari e/o pericolosi, disinfestazione, noleggio dispensatori igienici, trasporto lavanolo-biancheria piana, confezionata a materasseraia, fornitura tessuti sterili per sale operatorie, per la durata complessiva di anni cinque al prezzo di euro 6.764.556,00 annui e di euro 33.822.780,00 per tutta la durata contrattuale, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Hanno presentato offerta e sono state ammesse a partecipare alla gara: l'Ati Ricorrente s.r.l. e l'Ati Controinteressata Facility Management s.p.a.

L'appalto veniva aggiudicato a quest'ultima.

La ricorrente assume la illegittimità dell'atto di aggiudicazione e del bando di gara.

In particolare, si deduce la violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 in tema di cauzione provvisoria, nonché la violazione e l'errata interpretazione del bando di gara e dell'art. 13 del capitolato speciale d'appalto. Ciò in quanto la predetta norma, correttamente interpretata, imporrebbe che la garanzia sia pari al 2% dell'importo complessivo dell'appalto che tenga conto della sua effettiva durata. Nel caso in esame, sottolinea la ricorrente, invece, l'art. 13 del capitolato speciale prevede che la cauzione debba essere pari al 2% dell'importo netto annuale posto a base di gara.

Alla luce di tale motivazione, la ricorrente chiede l'annullamento dell'aggiudicazione, l'accertamento del "diritto" all'aggiudicazione, e la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

2.- Si è costituita in giudizio l'amministrazione sanitaria chiedendo il rigetto del ricorso per infondatezza delle censure formulate. Nell'atto di costituzione si sottolinea come, in ogni caso, «il massimo bene della vita ottenibile da parte della ricorrente è la ripetizione dell'intera procedura e non già la diretta aggiudicazione dell'appalto».

3.– Si è costituita in giudizio la controinteressata deducendo, in via preliminare, la irricevibilità del ricorso per tardiva impugnazione del bando di gara e del capitolato speciale. Nel merito si assume la infondatezza delle doglianze prospettate.

3.1.– Con successivo atto la controinteressata ha proposto ricorso incidentale per i seguenti motivi: a) invalidità della polizza fideiussoria la cui efficacia era sottoposta alla condizione sospensiva dell'intervenuto pagamento delle rate del premio che non risulta avvenuto, con conseguente violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006; b) mancata sottoscrizione da parte del direttore tecnico di una dichiarazione sostitutiva avente ad oggetto l'inesistenza di condizioni ostative alla partecipazione a pubblici appalti, atteso che la dichiarazione resa recherebbe soltanto il timbro della ditta mandataria e la sigla non leggibile del rappresentante legale dell'impresa; c) violazione del disciplinare tecnico nella parte in cui prescrive le caratteristiche minime dei servizi da prestare.

3.2.– Con un ulteriore atto la controinteressata ha proposto motivi aggiunti al ricorso incidentale adducendo: a) la violazione dell'art. 7, punto, del capitolato speciale; b) la violazione dell'art. 38, comma 1, lettere b) e c) del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 7 del capitolato speciale, sub punto 1, lettere c) e d); in particolare si adduce la mancata dichiarazione circa la insussistenza di cause ostative alla partecipazione alle gare pubbliche da parte di un soggetto munito di poteri di rappresentanza.

3.3.– Con un terzo atto la controinteressata ha proposto ulteriori motivi aggiunti deducendo la violazione dell'art. 7, punto, 1, lettere i) ed l), dell'art. 7 del capitolato speciale.

4.– Ha proposto atto di intervento ad opponendum l'American Controinteressata tre ospedaliera s.p.a. in qualità di associata dell'Ati aggiudicataria.

5.– Tutte le parti del processo hanno presentato ulteriori scritti difensivi a sostegno della proprie tesi difensive.

6.– Con ordinanza cautelare del 5 febbraio 2010 questo Tribunale ha accolto la domanda cautelare per le seguenti ragioni: «considerato che l'art. 13 del capitolato speciale prevede che, a garanzia dell'offerta, i candidati sono tenuti a prestare una cauzione provvisoria “per un importo pari al 2% dell'importo netto annuale posto a base di gara”; che l'impresa aggiudicataria ha presentato l'offerta ponendo a corredo della stessa una garanzia pari al 2% dell'importo netto annuale, come previsto nel bando; che, all'esito di una sommaria delibazione, deve ritenersi che l'art. 75 del Codice degli appalti deve essere inteso nel senso che “nell'ambito di una gara relativa ad un servizio pluriennale, la base d'asta sulla quale calibrare la cauzione provvisoria del 2%”, ai sensi del predetto art. 75, “deve tenere conto dell'intero periodo di tempo oggetto dell'impegno contrattuale” (Consiglio di Stato, ordinanza n. 6257 del 2009); che tale disposizione, incidendo sulla serietà dell'offerta, pone un precetto imperativo posto a tutela della concorrenza (Corte cost. n. 401 del 2007); che, pertanto, il bando di gara, limitando la prestazione della cauzione all'importo annuale e non a quello pluriennale, deve ritenersi in contrasto con la predetta norma imperativa; che quanto sin qui esposto non richiede la pronuncia, in sede cautelare, in ordine ai motivi posti a base del ricorso in via incidentale, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale relativo al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale; che, pertanto, in accoglimento della domanda cautelare e a conferma di quanto disposto con il decreto cautelare già adottato, sospende gli effetti dell'atto di aggiudicazione in attesa della definizione nel merito della controversia».

7.– Con ordinanza del 23 marzo 2010 il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello sottolineando che l'ordinanza di questo Tribunale «non appare censurabile nella presente fase cautelare, anche in considerazione del fatto che la clausola del bando risulta espressamente impugnata in primo grado».

DIRITTO

1.– Con il ricorso principale indicato in epigrafe, la ricorrente ha chiesto che venga dichiarata l'illegittimità dell'atto di aggiudicazione per violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale stabilisce l'entità della cauzione provvisoria da versare da parte delle partecipanti alla procedura di gara.

La controinteressata, con l'atto di costituzione, ha eccepito la tardività del ricorso, con il ricorso proposto in via incidentale ha dedotto, per le ragioni indicate nella parte in fatto, la illegittimità dell'offerta presentata dalla ricorrente.

2.– In via preliminare, deve ritenersi infondata la predetta eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività.

La società controinteressata deduce che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente il bando di gara nella parte in cui non prevede che la cauzione provvisoria sia parametrata alla durata dell'appalto.

La prevalente giurisprudenza amministrativa ritiene, condivisibilmente, che devono essere impugnate immediatamente soltanto le clausole che impediscono la partecipazione alla gara e non anche le clausole relative alle modalità di presentazione delle offerte (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217; Id., 14 gennaio 2009, n. 102; Id., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699). In quest'ultimo caso, infatti, la lesione della situazione giuridica fatta valere diventa concreta ed attuale soltanto quanto la stazione appaltante, proseguendo nell'iter procedimentale, emana l'atto di aggiudicazione a favore di un altro operatore economico. In altri termini, non sussiste un onere di immediata impugnazione in presenza di asserite illegittimità di atti preparatori rispetto all'atto finale che, per il loro contenuto precettivo, non determinano un arresto procedimentale.

3.– Chiarito ciò, occorre adesso trattare delle censure formulate con il ricorso principale e incidentale.

In questi casi, alla luce di quanto affermato dal Consiglio di Stato, adunanza plenaria 10 novembre 2008, n. 11, spetta al giudice stabilire l'ordine di priorità nella

trattazione dei ricorsi, tenendo conto del principio di parità delle parti del processo e delle ragioni di economia processuale.

Questo Collegio ritiene di dovere esaminare in via prioritaria il ricorso principale, in quanto tale disamina, per le ragioni che verranno illustrate nei successivi punti, rende inammissibile per difetto di interesse il ricorso proposto in via incidentale.

4.– Il ricorso principale è fondato nei limiti di seguito indicati.

4.1.– L'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che «l'offerta è corredata da una garanzia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente».

L'imposizione di tale cauzione ha una funzione essenziale nell'ambito delle procedure di gara.

In particolare, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007, ha sottolineato che «le disposizioni relative alla prestazione delle garanzie a corredo dell'offerta si iscrivono nella fase di individuazione del contraente e tendono, unitamente a tutte quelle preordinate a disciplinare il sistema delle offerte, a garantire la competitività e la concorrenzialità delle imprese nel segmento di mercato interessato dai contratti per l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture».

La giurisprudenza amministrativa ha, inoltre, ulteriormente puntualizzato che la cauzione, sempre nell'ottica di assicurare il principio di libera concorrenza, garantisce la serietà dell'offerta (Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885), garantendo, si può aggiungere, una competizione effettiva tra le imprese.

In questa prospettiva, la stessa giurisprudenza ha chiarito che «nell'ambito di una gara relativa ad un servizio pluriennale, la base d'asta sulla quale calibrare la cauzione provvisoria del 2%, ai sensi dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, deve tenere conto dell'intero periodo di tempo oggetto dell'impegno contrattuale» (Consiglio di Stato, ordinanza n. 6257 del 2009).

La natura e la funzione della cauzione provvisoria e la stessa formulazione perentoria della norma di legge inducono a ritenere che l'art. 75 – da interpretare nel senso indicato quando vengono in rilievo, come nel caso in esame, appalti aventi durata pluriennale – abbia natura imperativa e, pertanto, non possa essere derogato dalle singole stazioni appaltanti.

4.2.– Nel caso in esame la sezione III.1 del bando di gara, tra le condizioni relative all'appalto, prevede il versamento di una cauzione provvisoria secondo le modalità indicate nel capitolato speciale.

L'art. 13 del predetto capitolato stabilisce che «a garanzia dell'offerta, i candidati sono tenuti a presentare una cauzione provvisoria che dovrà, a pena di esclusione, essere incondizionata e avere le seguenti caratteristiche: (...) essere rilasciata per un importo pari al 2% dell'importo netto annuale posto a base di gara». Tale disposizione riguarda tutti i concorrenti, comprese le Ati, per le quali il capitolato speciale (pag. 12) prevede soltanto alcune modalità di prestazione della cauzione che non attiene al profilo della sua entità.

4.3.– Da quanto esposto risulta, in maniera evidente, come la previsione della lex specialis contrasti con quanto stabilito dal riportato art. 75, in quanto consente che l'entità della cauzione venga determinata avendo riguardo ad un solo anno di durata dell'appalto e non all'intero periodo preso in esame dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Tale contrasto comporta la illegittimità in parte qua del bando e non la sua integrazione con la previsione legislativa. La integrazione è, infatti, possibile unicamente in presenza di lacune dell'atto amministrativo generale ma non anche quando la stazione appaltante abbia previsto una clausola in contrasto con la legge. Argomentando diversamente si inciderebbe negativamente sul principio, di rilevanza costituzionale e comunitaria, della par condicio dei concorrenti, in quanto verrebbero pregiudicati gli operatori economici che, nella fase procedimentale,



hanno fatto “affidamento” sul contenuto di quella determinata clausola che, tra l'altro, per le esposte ragioni processuali, non è passibile di immediata impugnazione.

L'accertata illegittimità della clausola del bando comporta, pertanto, l'obbligo dell'amministrazione appaltante di rinnovare la procedura di gara mediante la predisposizione di un nuovo bando che tenga conto delle prescrizioni imperative di legge e assicuri così una partecipazione, in condizioni di eguaglianza, degli operatori economici del settore interessati all'appalto stesso.

Ne consegue che non può trovare accoglimento la domanda della ricorrente con la quale si chiede che l'appalto venga ad essa “aggiudicato”.

Deve, inoltre, essere rigettata la domanda di risarcimento del danno, in quanto la ricorrente non ha dimostrato in alcun modo, a prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo, il concreto pregiudizio patrimoniale subito a causa dell'illegittimità del provvedimento stesso.

5.– L'accoglimento nei termini e limiti esposti rende inammissibile per difetto di interesse il ricorso in via incidentale. Infatti, anche qualora lo stesso fosse fondato, la ricorrente non potrebbe ottenere una utilità maggiore di quella che potrebbe conseguire attraverso la rinnovazione della procedura di gara. In altri termini, una volta accertata la illegittimità dell'atto di aggiudicazione, derivata da un vizio della *lex specialis*, con conseguente rinnovazione dell'intero iter procedimentale, l'eventuale accoglimento nel merito anche del ricorso incidentale non sarebbe idoneo a consentire la conservazione del bene della vita preteso e dunque a fare ottenere alla controinteressata una utilità maggiore rispetto a quella conseguibile all'esito della suddetta rinnovazione.

6.– La natura della controversia e le ragioni poste a base dell'accoglimento giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, Sezione seconda, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie il ricorso principale nei limiti indicati nella parte motiva;
- b) rigetta la domanda con cui si chiede il conseguimento dell'aggiudicazione;
- c) rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- d) dichiara inammissibile il ricorso in via incidentale;
- e) compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 09/04/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Fiorentino, Presidente

Daniele Burzichelli, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/05/2010

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

IL SEGRETARIO