N. 00935/2011 REG.PROV.COLL.

N. 01022/2011 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1022 del 2011, proposto dalla società Terra Uomini e Ambiente soc. agr. coop., rappresentata e difesa dagli avv. Maria Teresa Grassi e Ilaria Cappelli, con domicilio eletto presso la prima in Firenze, via Vittorio Alfieri n. 5;

contro

Ente Parco Regionale di Migliarino-S. Rossore-Massaciuccoli "*Tenuta di S.Rossore*", costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Ciari ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura regionale in Firenze, piazza dell'Unita' Italiana n. 1;

nei confronti di

Consorzio per l'incremento dell'agricoltura provinciale - Co.In.A.P. societa' cooperativa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della comunicazione a firma del Direttore dell'Ente Parco Regionale di Migliarino - S.Rossore - Massaciuccoli "*Tenuta di San Rossore*" datata 15.04.2011 (prot. n.

3851/3-9-1), anticipata via fax, con la quale è stata annunciata alla Terra Uomini Ambiente soc. agr. coop. l'esclusione dalla gara per i lavori silvicolturali nelle pinete del Tombolo, in applicazione del Piano di gestione forestale dei boschi della tenuta di Tombolo di proprietà dell'Università di Pisa in concessione all'Ente Parco;

- della determinazione del Direttore dell'Ente Parco Regionale di Migliarino - S.Rossore - Massaciuccoli "*Tenuta di San Rossore*" n. 301 del 19.04.2011, pubblicata all'Albo Pretorio del citato Ente in data 22.04.2011, di aggiudicazione in via provvisoria alla ditta CO.IN.A.P. società cooperativa, dei lavori silvicolturali nelle pinete del Tombolo, in applicazione del Piano di gestione forestale dei boschi della tenuta del Tombolo di proprietà dell'Università di Pisa, in concessione all'Ente Parco;

- dei verbali della Commissione di gara del 7.03.2011 e del 6.04.2011, così come approvati dalla determinazione del Direttore dell'Ente Parco Regionale di Migliarino - S.Rossore - Massaciuccoli "*Tenuta di San Rossore*" n. 301 del 19.04.2011, conosciuti dopo la pubblicazione della determinazione del Direttore dell'Ente Parco avvenuta a partire dal 22.04.2011;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o connesso ancorchè non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ente Parco Regionale di Migliarino - S. Rossore-Massaciuccoli " *Tenuta di S.Rossore*";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Premesso:

- che, come risulta dal verbale della seduta del 6/4/2011, la Commissione giudicatrice della gara di cui si controverte ha escluso dalla procedura concorsuale l'offerta della cooperativa ricorrente per non avere prestato la cauzione provvisoria prevista dall'art. 16 del capitolato speciale d'appalto, recependo il parere espresso dalla Segretaria dell'Ente Parco secondo cui: "*la cauzione costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento a corredo della stessa, per cui non può essere oggetto di regolarizzazione postuma…… l'offerta è risultata priva di un elemento essenziale… con conseguente sua inammissibilità anche in assenza di espressa comminatoria nel bando di gara*";

- che il citato art. 16 del capitolato speciale d'appalto prescriveva: "*L'offerta da presentare per l'affidamento dei lavori è corredata da una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo a base d'appalto, da prestare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa*"; e la disciplina di gara non prevedeva espressamente l'esclusione dalla procedura in caso di inosservanza di tale disposizione;

Rilevato:

- che la prescrizione di cui all'art. 16 corrisponde a quanto disposto dall'art. 75 comma 1 del codice dei contratti pubblici (intitolato "*Garanzie a corredo dell'offerta*") che recita: "*L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente*";

- che in materia è puntuale il richiamo alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009 n. 3746, in cui si legge:

"*Secondo la costante giurisprudenza, la garanzia del due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, di cui deve essere corredata l'offerta a norma dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006, assolve allo scopo di garantirne la serietà e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente (Cons. Stato, VI, 30 settembre 2004, n. 6347; Cons. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4789).*

…In quanto tale, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa che la stazione appaltante possa liberamente richiedere (Cons. Stato, IV, 15 novembre 2004, n. 7380…

……

In relazione alla funzione di vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall'amministrazione, in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto, la prestazione della cauzione provvisoria deve essere necessariamente contemplata dalla lex specialis, perché diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario, predeterminando la conseguenza dell'inadempimento con la liquidazione forfetaria del danno e prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dall'amministrazione appaltante (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6362; Cons. Stato, IV, 30 gennaio 2006, n. 288).

…Da quanto sinora chiarito, risulta, per un verso la legittimità del comportamento della Stazione Appaltante che…… ha integrato la lettera d'invito con la costituzione del deposito cauzionale provvisorio pari al 2% dell'importo totale a base d'asta e, per altro verso la legittimità dell'esclusione dalla gara della ricorrente nonostante il fax in questione non le sia mai pervenuto.

… L'integrazione da parte della stazione appaltante della lex specialis della gara con clausole precedentemente omesse, rappresenta un atto dovuto allorché le stesse abbiano carattere obbligatorio in applicazione del principio di eterointegrazione dei documenti di gara con i contenuti imposti dalla legge.

…In relazione alla loro natura cogente, tali clausole vincolano alla loro osservanza i partecipanti alla gara indipendentemente dalla loro comunicazione, che sia pure effettuata dalla Stazione appaltante in conformità a precetti di trasparenza non esime le partecipanti dall'adempimento tempestivo dei relativi oneri ancorché non esplicitati dalla lex specialis perché essenziali alla validità dell'offerta, pena la sua inammissibilità.

…Nel novero delle clausole predette rientra sicuramente quella relativa alla cauzione provvisoria che deve corredare l'offerta a norma dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006, data la sua funzione,

essenziale alla partecipazione alla gara, di garantire la liquidazione preventiva del danno qualora il concorrente risulti privo dei requisiti o rifiuti di stipulare il contratto, una volta divenuto aggiudicatario";

- che dunque il giudice amministrativo d'appello si è chiaramente e recentemente espresso in senso favorevole alle tesi che nel caso in esame hanno indotto la stazione appaltante a disporre l'impugnata esclusione della ricorrente dalla gara (in cui, tra l'altro, l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria era espressamente sancito);

Considerato:

- che tale rigoroso orientamento appare condivisibile, tenuto appunto conto della funzione di garanzia che la disciplina in materia di contratti pubblici affida alla cauzione provvisoria;
- che dunque l'esclusione della ricorrente dalla gara è stata legittimamente disposta dalla stazione appaltante in corretta applicazione dell'art. 16 del capitolato speciale d'appalto, conforme sul punto all'art. 75 comma 1 del codice dei contratti pubblici;
- che non era possibile consentire la successiva integrazione dell'elemento mancante, che in quanto essenziale doveva sussistere *ab origine*, non essendo comunque applicabile l'art. 46 del codice dei contratti pubblici, riferito solo al completamento e al chiarimento di documenti o dichiarazioni comunque esistenti;
- che quindi l'operato dell'Amministrazione era al riguardo vincolato, per cui da un lato sono infondate le censure con cui si prospetta la violazione della *lex specialis* della gara, dall'altro sono prive di interesse per la ricorrente, ai sensi dell'art. 21-octies della legge n. 241/1990, le censure che a vario titolo fanno riferimento a pretesi vizi formali (e ciò vale anche per la questione relativa alla competenza a disporre l'esclusione, sancita dalla Commissione giudicatrice e che il Direttore dell'Ente Parco – competente ad adottare gli atti che impegnano l'Ente stesso verso l'esterno - si è in realtà limitato a comunicare);

Ritenuto in conclusione che il ricorso va respinto perché infondato e che le spese vanno poste a carico della parte ricorrente, nella misura liquidata nel dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio in favore dell'Ente resistente nella misura complessiva di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00) oltre a CPA e IVA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Primo Referendario

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2011

IL SEGRETARIO

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