

In tema di previsioni di un bando di gara che permette la regolarizzazione di una cauzione provvisoria sprovvista della clausola di cui alla rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957, comma 2 del cod. civ

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Poiché il bando di gara che dedica alla cauzione provvisoria richiesta a garanzia della serietà dell'offerta un ampio paragrafo nel quale se ne specifica l'ammontare, in riferimento all'art. 75 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, stabilendo che la presentazione di una cauzione di importo inferiore avrebbe comportato l'esclusione dell'offerta, ma operando un rinvio, quanto alla presentazione, alle "modalità specificate nell'allegato 3" precisando che "il mancato rispetto delle modalità indicate nell'allegato appena indicato per la costituzione del deposito cauzionale comporta l'obbligo della regolarizzazione, posteriormente alla aggiudicazione, pena la pronuncia di decadenza dall'aggiudicazione medesima". Nell'allegato 3, avente rubrica "modalità di costituzione della cauzione provvisoria" si forniscono varie indicazioni tra cui, al punto c), la richiesta di indicazione di clausole che riproducano tutti i requisiti indicati nell'art. 75 del suddetto D.Lgs., e fra questi, per quanto interessa, la rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957, comma 2 del cod. civ., recepisce pienamente quanto stabilito dall'art. 75 in ordine ai requisiti che la garanzia deve possedere e non rivela incoerenze con detta previsione normativa, la quale prevede la sanzione dell'esclusione esclusivamente con riferimento al requisito di cui al comma 8, nel punto in cui prevede la regolarizzabilità, pena la decadenza dall'aggiudicazione, della fideiussione carente, della clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957, comma 2, del cod. civ

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 80 del 27 marzo 2008 emessa dal Tar Trentino, Trento

Il bando di gara dedica alla cauzione provvisoria richiesta a garanzia della serietà dell'offerta un ampio paragrafo (punto 2 dell'art. 6.A della prescritta documentazione a corredo dell'offerta, pagg. 9 e 10) nel

quale se ne specifica l'ammontare, in riferimento all'art. 75 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, stabilendo che la presentazione di una cauzione di importo inferiore avrebbe comportato l'esclusione dell'offerta, ma operando un rinvio, quanto alla presentazione, alle "modalità specificate nell'allegato 3" precisando che "il mancato rispetto delle modalità indicate nell'allegato appena indicato per la costituzione del deposito cauzionale comporta l'obbligo della regolarizzazione, posteriormente alla aggiudicazione, pena la pronuncia di decadenza dall'aggiudicazione medesima". Nell'allegato 3, avente rubrica "modalità di costituzione della cauzione provvisoria" si forniscono varie indicazioni tra cui, al punto c), la richiesta di indicazione di clausole che riproducano tutti i requisiti indicati nell'art. 75 del suddetto D.Lgs., e fra questi, per quanto interessa, la rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957, comma 2 del cod. civ.

Il bando, dunque, recepisce pienamente quanto stabilito dall'art. 75 in ordine ai requisiti che la garanzia deve possedere e non rivela, ad avviso del Collegio, incoerenze con detta previsione normativa, la quale prevede la sanzione dell'esclusione esclusivamente con riferimento al requisito di cui al comma 8, nel punto in cui prevede la regolarizzabilità, pena la decadenza dall'aggiudicazione, della fideiussione carente, come ricorre nella specie, della clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957, comma 2, del cod. civ

In presenza della detta previsione figurante nel bando e tenuto, altresì, conto dell'esigenza di considerare tassative le disposizioni che prevedono l'esclusione in ossequio al principio del favor participationis, la ditta BETA non poteva essere dunque esclusa; corretto è stato, pertanto, il comportamento della stazione appaltante, che ha consentito la regolarizzazione e va conseguentemente respinto il primo motivo

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 80 del 27 marzo 2008 emessa dal Tar Trentino, Trento

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

DEL TRENINO-ALTO ADIGE - SEDE DI TRENTO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso n. 132 del 2007 proposto da ALFA IMPORT S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** ed
elettivamente domiciliata nello studio di quest'ultimo in Trento, Via Verdi, n. 79

CONTRO

il COMUNE DI CLOZ, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Trento, Via S.S. Trinità, n. 14

e nei confronti di

BETA S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Trento, Via Grazioli, n. 27

per l'annullamento

del provvedimento 30 marzo 2007 di aggiudicazione della gara per la fornitura di un sistema di tritovagliatura per la macinazione degli scarti vegetali, agricoli e forestali al Comune di Cloz;

di tutti gli atti del procedimento ed in particolare dei verbali di ammissione e valutazione dell'offerta presentata dalla ditta BETA;

del bando di gara 4.12.2006, prot. 3240, di cui alla deliberazione della Giunta Comunale di Cloz n. 84 del 7 novembre 2006, della determinazione del Responsabile del Servizio di Segreteria n. 161 del 20 novembre 2006;

di ogni altro atto del procedimento, ivi compreso l'eventuale contratto di fornitura e la comunicazione 23.4.2007 a firma del Segretario comunale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale e della controinteressata intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza dell'8 novembre 2007 - relatore il consigliere ***** - l'avv. ***** per la ricorrente, l'avv. ***** per l'Amministrazione comunale e l'avv. ***** per la controinteressata intimata.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 18 maggio 2007, tempestivamente notificato, la società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione alla BETA S.p.A della gara indetta dal Comune di Cloz per la fornitura di un sistema di tritovagliatura per la macinazione degli scarti vegetali, agricoli e forestali, nonché degli atti presupposti fra cui, in particolare, i verbali di ammissione e valutazione dell'offerta presentata dalla controinteressata, ed, occorrendo, del bando di gara.

La ricorrente ha denunciato:

violazione di legge e del bando e dell'art. 75 del D.Lgs.

12.4.2006, n. 163, eccesso di potere per difetto di presupposti e di motivazione, incompetenza, violazione dei principi di par condicio. Le contestazioni sono rivolte alla ammissione alla gara della BETA, asseritamente illegittima a fronte

della presentazione di una fideiussione rilasciata per costituire garanzia a corredo dell'offerta, non avente né i requisiti prescritti dalla lettera di invito, né quelli di cui alla norma imperativa e inderogabile dell'art. 75 D.Lgs. n. 163 del 2006. E' stata, altresì, contestata la prescrizione del bando secondo la quale, pur in presenza di una cauzione non redatta in conformità alle regole della gara, ne era consentita la regolarizzazione anche successivamente all'aggiudicazione; le previste carenze configurerebbero, infatti, soltanto un'ipotesi di violazione della modalità di redazione della garanzia, mentre nella specie farebbe difetto il contenuto essenziale della stessa, come tale insuscettibile di regolarizzazione alcuna; l'accordata possibilità di regolarizzare il contenuto della garanzia configgerebbe dunque con la funzione fondamentale che essa deve assolvere e, cioè, la traslazione del rischio della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario;

violazione di legge, del bando e del capitolato tecnico, eccesso di potere per difetto del presupposto, carenza di motivazione anche in relazione agli artt. 9 e 10 della L. 7.8.1990, n. 241. La ricorrente contesta la valutazione positiva dell'offerta tecnica presentata dalla BETA, sostenendo che le macchine oggetto della stessa sarebbero carenti di una peculiare caratteristica prescritta a pena di esclusione e, cioè, di un sistema integrato di protezione del vaglio capace di arrestare automaticamente la macchina in caso di riduzione della pressione e di temperatura troppo alta del sistema idraulico.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Cloz e la controinteressata, chiedendo la reiezione del ricorso di cui è stata contestata in memorie la fondatezza in quanto:

non potrebbe disporsi l'esclusione per una incompletezza della fideiussione di cui la lex specialis prevede la regolarizzabilità ;

il prodotto offerto dalla BETA sarebbe sotto il profilo sostanziale perfettamente conforme alle caratteristiche tecniche minime richieste.

Anche la ricorrente ha dimesso memoria, insistendo nelle prospettate censure.

Con ordinanza 7 giugno 2007, n. 57 è stata respinta l'istanza di misura cautelare.

DIRITTO

Il bando di gara dedica alla cauzione provvisoria richiesta a garanzia della serietà dell'offerta un ampio paragrafo (punto 2 dell'art. 6.A della prescritta documentazione a corredo dell'offerta, pagg. 9 e 10) nel quale se ne specifica l'ammontare, in riferimento all'art. 75 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, stabilendo che la presentazione di una cauzione di importo inferiore avrebbe comportato l'esclusione dell'offerta, ma operando un rinvio, quanto alla presentazione, alle "modalità specificate nell'allegato 3" precisando che "il mancato rispetto delle modalità indicate nell'allegato appena indicato per la costituzione del deposito cauzionale comporta l'obbligo della regolarizzazione, posteriormente alla aggiudicazione, pena la pronuncia di decadenza dall'aggiudicazione medesima". Nell'allegato 3, avente rubrica "modalità di costituzione della cauzione provvisoria" si forniscono varie indicazioni tra cui, al punto c), la richiesta di indicazione di clausole che riproducano tutti i requisiti indicati nell'art. 75 del suddetto D.Lgs., e fra questi, per quanto interessa, la rinuncia del fideiussore ai termini di cui all'art. 1957, comma 2 del cod. civ.

Il bando, dunque, recepisce pienamente quanto stabilito dall'art. 75 in ordine ai requisiti che la garanzia deve possedere e non rivela, ad avviso del Collegio, incoerenze con detta previsione normativa, la quale prevede la sanzione dell'esclusione esclusivamente con riferimento al requisito di cui al comma 8, nel punto in cui prevede la regolarizzabilità, pena la decadenza dall'aggiudicazione, della fideiussione carente, come ricorre nella specie, della clausola di rinuncia ai termini di cui all'art. 1957, comma 2, del cod. civ

In presenza della detta previsione figurante nel bando e tenuto, altresì, conto dell'esigenza di considerare tassative le disposizioni che prevedono l'esclusione in ossequio al principio del favor participationis, la ditta BETA non poteva essere dunque esclusa; corretto è stato, pertanto, il comportamento della stazione appaltante, che ha consentito la regolarizzazione e va conseguentemente respinto il primo motivo.

L'esame del secondo motivo involge questioni di fatto, la cui definizione richiede l'assunzione di una consulenza tecnica d'ufficio per valutare se, sulla base della documentazione presentata in sede di gara, il vaglio offerto dalla BETA S.p.A. presenti o meno il requisito tecnico prescritto al punto 4) dell'art. 11.1. del capitolato speciale.

Va conseguentemente disposta al riguardo
consulenza tecnica d'ufficio, incaricando il relatore di ogni conseguente incombenza.

Spese al definitivo.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, non
definitivamente pronunciando sul ricorso n. 132/2007:

- respinge il primo motivo;

- dispone in riferimento al secondo, consulenza tecnica d'ufficio.

Spese del giudizio al definitivo.

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio dell'8 novembre 2007, con l'intervento dei Magistrati:

dott. ***** - Presidente

dott.ssa ***** - Consigliere relatore

dott.ssa ***** - Consigliere

Publicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 27 marzo 2008

Il Segretario
Generale

dott. *****

N.
80/2008

Reg. Sent.

N. 132/2007

Reg. Ric.

<https://www.diritto.it/in-tema-di-previsioni-di-un-bando-di-gara-che-permette-la-regolarizzazione-di-una-cauzione-provvisoria-sprovvisa-della-clausola-di-cui-alla-rinuncia-del-fideiussore-ai-termini-di-cui-all-art-1957-c/>