

E' illegittima l'esclusione di un'impresa la cui cauzione provvisoria non riporta espressamente che essa è sottoposta alle condizioni dettate dalla lex specialis

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La mera divergenza formale dell'articolazione della clausola non giustifica l'applicazione della sanzione dell'esclusione: la cauzione prevede infatti << espressamente l'impegno "per il mancato adempimento degli obblighi e degli oneri inerenti alla partecipazione alla gara">>

la scheda tecnica della cauzione provvisoria prodotta dalla ricorrente, laddove prevede espressamente l'impegno "per il mancato adempimento degli obblighi e degli oneri inerenti alla partecipazione alla gara" richiama in modo chiaro e completo le condizioni della lex specialis sì da risultare sostanzialmente equipollente alla previsione imposta dalla normativa di gara che pretendeva appunto la sottoposizione della cauzione provvisoria alle condizioni dettate dalla lex specialis;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti di legge per la definizione del giudizio con decisione succintamente motivata ai sensi dell'art. 26 della legge n 1034/1971;

Rilevato che il giudizio ha ad oggetto la procedura di gara per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione dei nuovi locali per Pronto Soccorso del Policlinico di Pescara;

Rilevato che con il provvedimento impugnato la stazione appaltante ha escluso dalla procedura l'impresa ricorrente per il seguente motivo: "la cauzione provvisoria/polizza rimessa in gara non riporta

espressamente che essa è sottoposta alle condizioni dettate dalla *lex specialis*; atteso che tale clausola è richiesta a pena di esclusione dalla gara e che essa è finalizzata a garantire la stazione appaltante da circostanze altre e suppletive/aggiuntive rispetto a quelle di cui a gli artt. 75, co-6-8, 48, co 1, 113, co. 4, 49, co. 2, D.Lgs. n. 163/2006”;

qual è il parere dell’adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Ritenuto che le censure mosse dall’appellante avverso la statuizione di prime cure che ha confermato la legittimità di detta ultima esclusione, sono suscettibili di positiva valutazione alla stregua dei rilievi che seguono:

a) la scheda tecnica della cauzione provvisoria prodotta dalla Ricorrente, laddove prevede espressamente l’impegno “per il mancato adempimento degli obblighi e degli oneri inerenti alla partecipazione alla gara” richiama in modo chiaro e completo le condizioni della *lex specialis* sì da risultare sostanzialmente equipollente alla previsione imposta dalla normativa di gara che pretendeva appunto la sottoposizione della cauzione provvisoria alle condizioni dettate dalla *lex specialis*;

b) a fronte dell’equivalenza sostanziale della portata dell’impegno rispetto alla normativa di gara, la mera divergenza formale dell’articolazione della clausola non giustifica l’applicazione della sanzione dell’esclusione, da considerarsi riferibile, in omaggio al principio del *favor participationis*, ai soli casi in cui la formulazione adoperata incida in senso reale sulla portata del vincolo preteso dalla normativa di gara;

c) la soluzione prospettata è, infine, coerente con l’esigenza di addivenire ad un’ interpretazione della disciplina di gara coerente con la disciplina di legge in materia di funzione e portata della garanzia provvisoria;

Ritenuto, in definitiva, che l'appello è fondato, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado ed annullamento del provvedimento di esclusione adottato in danno dell'appellante e degli atti conseguenti;

Considerato, infine, che le spese debbono seguire la soccombenza nella misura in dispositivo specificata;

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 4507 del 13 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 04507/2010 REG.DEC.

N. 10394/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 10394 del 2009, proposto da:

Ditta Ricorrente Peppino, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

contro

Asl N. 5 di Pescara, in persona del legale rappresentate pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180; Italwork Consorzio A RI, *****, *****;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA, SEZIONE I, n. 01014/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI RISTRUTTURAZIONE NUOVI LOCALI PER IL PRONTO SOCCORSO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl N. 5 di Pescara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati *****, per delega dell'Avv. *****, e *****, per delega dell'Avv. *****;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti di legge per la definizione del giudizio con decisione succintamente motivata ai sensi dell'art. 26 della legge n 1034/1971;

Rilevato che il giudizio ha ad oggetto la procedura di gara per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione dei nuovi locali per Pronto Soccorso del Policlinico di Pescara;

Rilevato che con il provvedimento impugnato la stazione appaltante ha escluso dalla procedura l'impresa ricorrente per il seguente motivo: "la cauzione provvisoria/polizza rimessa in gara non riporta espressamente che essa è sottoposta alle condizioni dettate dalla lex specialis; atteso che tale clausola è richiesta a pena di esclusione dalla gara e che essa è finalizzata a garantire la stazione appaltante da circostanze altre e suppletive/aggiuntive rispetto a quelle di cui agli artt. 75, co-6-8, 48, co 1, 113, co. 4, 49, co. 2, D.Lgs. n. 163/2006";

Ritenuto che le censure mosse dall'appellante avverso la statuizione di prime cure che ha confermato la legittimità di detta ultima esclusione, sono suscettibili di positiva valutazione alla stregua dei rilievi che seguono:

a) la scheda tecnica della cauzione provvisoria prodotta dalla Ricorrente, laddove prevede espressamente l'impegno "per il mancato adempimento degli obblighi e degli oneri inerenti alla partecipazione alla gara" richiama in modo chiaro e completo le condizioni della lex specialis sì da risultare sostanzialmente equipollente alla previsione imposta dalla normativa di gara che pretendeva appunto la sottoposizione della cauzione provvisoria alle condizioni dettate dalla lex specialis;

b) a fronte dell'equivalenza sostanziale della portata dell'impegno rispetto alla normativa di gara, la mera divergenza formale dell'articolazione della clausola non giustifica l'applicazione della sanzione dell'esclusione, da considerarsi riferibile, in omaggio al principio del favor participationis, ai soli casi in cui la formulazione adoperata incida in senso reale sulla portata del vincolo preteso dalla normativa di gara;

c) la soluzione prospettata è, infine, coerente con l'esigenza di addivenire ad un'interpretazione della

disciplina di garacoerente con la disciplina di legge in materia di funzione e portata della garanzia provvisoria;

Ritenuto, in definitiva, che l'appello è fondato, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado ed annullamento del provvedimento di esclusione adottato in danno dell'appellante e degli atti conseguenti;

Considerato, infine, che le spese debbono seguire la soccombenza nella misura in dispositivo specificata;

P.Q.M.

Accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla i provvedimenti impugnati in primo grado.

Condanna l'Asl n. 5 al pagamento in favore dell'appellante delle spese relative ai due gradi di giudizio che liquida nella misura di 5.000//00 (cinquemila//00) euro.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente FF

Filoreto *****, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

*****, Consigliere

*****, ***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/e-illegittima-l-esclusione-di-un-impresa-la-cui-cauzione-provvisoria-non-riporta-espressamente-che-essa-e-sottoposta-alle-condizioni-dettate-dalla-lex-specialis/>