

Qualora, a scelta dell'offerente la garanzia provvisoria sia una cauzione, deve essere esclusa l'impresa che non presenta anche l'impegno di un fideiussore (a ciò autorizzato) ad emettere, in caso di aggiudicazione, la successiva fideiussione definitiva

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Qualora, a scelta dell'offerente la garanzia provvisoria sia una cauzione, deve essere esclusa l'impresa che non presenta anche l'impegno di un fideiussore (a ciò autorizzato) ad emettere, in caso di aggiudicazione, la successiva fideiussione definitiva

Qualora, a scelta dell'offerente, la garanzia provvisoria sia una fideiussione, la stessa deve contenere l'impegno ad emettere, in caso di aggiudicazione, la successiva fideiussione definitiva

Nel primo caso sono necessari due atti, nel secondo un unico atto a contenuto plurimo: in ogni caso tale adempimento specifico è ulteriormente richiesto a pena di esclusione.

Ne consegue che in nessun caso la commissione avrebbe potuto consentire la produzione tardiva della suindicata dichiarazione di impegno rilasciata dal fideiussore essendo la stessa richiesta a pena di esclusione appalesandosi la violazione della *lex specialis* ancor più grave sia perché la commissione ha dichiarato a verbale trattarsi di "documentazione non espressamente richiesta dal bando medesimo come documentazione amministrativa da inserire, a pena di esclusione, nella busta n. 1" (cfr. doc. 3 id.), sia perché è stato accettato un documento richiesto a pena di esclusione non solo prodotto tardivamente ma vieppiù venuto ad esistenza dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ossia in data 21 giugno 2010

La ricorrente e la controinteressata, uniche partecipanti alla gara indetta dal Comune di Canegrate per l'affidamento dei servizi di assistenza socio-educativa a favore di disabili - Lotto 1 - per il periodo dal 1 agosto 2010 al 31 luglio 2013, si sono classificate, rispettivamente, al secondo ed al primo posto.

La commissione di gara, rilevando l'incompletezza della documentazione amministrativa prodotta da entrambe le concorrenti, ne ha consentito l'integrazione dichiarando a verbale non trattarsi di documenti richiesti a pena di esclusione e, ultimate le operazioni, ha proposto l'aggiudicazione in favore della cooperativa La Controinteressata Società Cooperativa Sociale Onlus, attuale gestore del servizio affidato in via d'urgenza nelle more dell'espletamento della procedura di gara.

Avverso tale aggiudicazione la ricorrente, una volta ottenuti in sede di accesso i verbali di gara, è insorta con il ricorso in epigrafe deducendone l'illegittimità per violazione della lex specialis, dell'art. 75 comma 8 del d. lgs. 163/2006 ed eccesso di potere.

In sintesi la ricorrente censura l'operato della commissione nella parte in cui ha ammesso, dapprima con riserva (seduta 15 giugno 2010) e poi in via definitiva (seduta del 25 giugno 2010) la cooperativa La Controinteressata consentendole l'integrazione dei seguenti documenti richiesti dal bando a pena di esclusione: la referenza bancaria relativa al conto corrente postale e l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risulti aggiudicatario.

Sul punto la controinteressata si difende obiettando che la clausola del bando relativa alla prestazione della garanzia (art. 16, Busta 1, punto 3) non era chiara in quanto, offrendo al concorrente la facoltà di prestare la garanzia in numerario da versare alla tesoreria comunale o, in alternativa, mediante fideiussione assicurativa o bancaria, non chiariva se ed in quale forma il concorrente che avesse optato per la prima modalità (come appunto nel suo caso) dovesse allegare l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

In ogni caso, nell'incertezza, ha comunque prodotto una dichiarazione del legale rappresentante della cooperativa secondo cui la "garanzia prevede" ... "l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora risultassimo aggiudicatari, ai sensi dell'art. 113 del d. lgs. 163/2006 e s.m.i." (cfr. doc. 14 ricorrente).

Quanto alle referenze di Poste Italiane evidenzia di averle chieste nei termini (doc. 18 id.) e di aver documentato in gara detta circostanza (doc. 16 id.) ma di averle ottenute soltanto dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, ossia in data 16 giugno 2010 (doc.19 id.).

Ritiene, pertanto, legittimo l'operato della commissione e chiede la reiezione del ricorso.

Con successivo ricorso incidentale, inoltre, eccepisce in rito l'irricevibilità del ricorso principale per tardività, avendo la ricorrente conosciuto la lesività degli atti impugnati fin dal 29 giugno 2010, seduta di redazione della graduatoria e aggiudicazione alla quale era presente un delegato della cooperativa Ricorrente.

Nel merito impugna la determinazione n. 77 del 21 luglio 2010 e dei verbali di gara nella parte in cui la ricorrente è stata ammessa alla procedura di gara per aver illegittimamente la commissione consentito l'integrazione documentale quanto alla certificazione del sistema di qualità per poter usufruire della dimidiazione dell'importo della garanzia.

L'amministrazione si difende disconoscendo le censure di entrambe le ricorrenti e osservando che la commissione di gara ha bene operato in quanto, avendo consentito l'integrazione documentale ad entrambe le uniche due concorrenti, non ha violato la par condicio.

Fa rilevare, peraltro, che le censure delle due ricorrenti sono della medesima natura ed afferiscono alla

stessa fase di gara, sicchè le stesse si elidono a vicenda e richiama giurisprudenza in tal senso.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso principale è fondato per le ragioni di seguito esplicitate.

E' dirimente, in proposito, la lettura dell'art.16 del bando di gara (doc. 2 id.) ove è richiesto l'inserimento nella busta 1, a pena di esclusione, dei documenti ivi elencati tra i quali, al punto 3) la "garanzia a corredo dell'offerta".

In particolare, dopo aver indicato che la garanzia può essere costituita, a scelta dell'offerente, in numerario da versare al tesoriere comunale o con fideiussione assicurativa o bancaria, al secondo capoverso, ultimo periodo, testualmente recita: "La garanzia dovrà inoltre essere accompagnata o contenere, pena l'esclusione, l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse aggiudicatario, ai sensi dell'art. 113 del d. lgs. 163/2006 e s.m.i."

Osserva il Collegio che la formulazione della clausola della lex specialis è inequivoca dal momento che l'espressione "dovrà inoltre essere accompagnata o contenere, pena l'esclusione" rappresenta l'esatta simmetria della facoltà di scelta, riservata all'offerente al primo comma, di costituire la garanzia in numerario ovvero con fideiussione.

In altri termini la clausola in esame contiene quasi un'equazione: "numerario : essere accompagnata = fideiussione : contenere".

Nel primo caso sono necessari due atti, nel secondo un unico atto a contenuto plurimo: in ogni caso tale adempimento specifico è ulteriormente richiesto a pena di esclusione.

Ne consegue che in nessun caso la commissione avrebbe potuto consentire la produzione tardiva della suindicata dichiarazione di impegno rilasciata dal fideiussore essendo la stessa richiesta a pena di esclusione appalesandosi la violazione della *lex specialis* ancor più grave sia perché la commissione ha dichiarato a verbale trattarsi di “documentazione non espressamente richiesta dal bando medesimo come documentazione amministrativa da inserire, a pena di esclusione, nella busta n. 1” (cfr. doc. 3 id.), sia perché è stato accettato un documento richiesto a pena di esclusione non solo prodotto tardivamente ma vieppiù venuto ad esistenza dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ossia in data 21 giugno 2010 (doc. 20 id.).

L'espressa comminatoria di esclusione di un partecipante ad una gara pubblica stabilita negli atti recanti la *lex specialis* ha valore di autovincolo per l'amministrazione procedente: una volta indicata nel bando la necessità che i singoli partecipanti tengano conto di una serie di precisi adempimenti a pena di esclusione nel caso di omissione, l'amministrazione ha discrezionalmente operato una scelta sulle modalità di redazione della domanda di partecipazione, ponendo a se stessa e a tutti gli offerenti regole inequivocabili, dalle quali tanto l'amministrazione, quanto gli offerenti non potranno prescindere e ciò proprio ove la sanzione dell'esclusione sia del tutto univoca (T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 13 maggio 2010, n. 2534).

Al contrario, la certificazione di qualità a corredo della garanzia con importo dimidiato non è espressamente richiesta a pena di esclusione.

Anzi, il tenore letterale del sesto capoverso del citato punto 3) dell'art. 16 busta 1 del bando milita in senso contrario dal momento che stabilisce che il requisito sia soltanto posseduto (testualmente: “che possiedono”) all'atto della presentazione dell'offerta, così implicitamente ammettendone la dimostrazione a richiesta o in sede di verifica.

Né tampoco il suddetto capoverso rafforza la comminatoria dell'esclusione come invece specularmente stabilito per l'adempimento riguardante l'impegno del fideiussore.

In definitiva le "incompletezze" documentali delle due concorrenti, qualificate dall'amministrazione di pari portata, alla luce dell'autovincolo costituito dalla lex specialis, sono tutt'altro che equivalenti tanto né possono elidersi tra loro.

Per le suesposte ragioni il ricorso principale va accolto e, per l'effetto, va annullata l'aggiudicazione con conseguente condanna dell'amministrazione ad aggiudicare l'appalto alla cooperativa Ricorrente nel rispetto dei requisiti di legge.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 6961 del 15 ottobre 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

N. 06961/2010 REG.SEN.

N. 02001/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2001 del 2010, proposto da:

Cooperativa Sociale "Ricorrente" Onlus, in persona del legale rappresentante pro - tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** , presso cui è elettivamente domiciliata in Milano, via Nino Bixio 12;

contro

il Comune di Canegrate, in persona del Sindaco pro - tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti ***** e ***** , con domicilio eletto presso la prima in Milano, corso Porta Vittoria 47;

nei confronti di

La Controinteressata Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Bassano Baroni, *****, con domicilio eletto presso gli stessi in Milano, via Pattari 6;

per l'annullamento, previa sospensione:

- della determinazione n.77 del 21 luglio 2010 del Responsabile dell'Area Servizi alla Persona, comunicata in data 23 luglio 2010 a mezzo fax, con la quale il Comune di Canegrate approvava l'aggiudicazione della gara per l'appalto dei servizi di assistenza socio-educativa a favore di disabili - Lotto 1 - per il periodo dal 1 agosto 2010 al 31 luglio 2013 alla Coop. La Controinteressata di Parabiago;

- dei verbali della commissione di gara;

- di ogni ulteriore altro atto presupposto e consequenziale o comunque connesso con quello indicato;

nonchè per la declaratoria di inefficacia del contratto, qualora stipulato tra la stazione appaltante e la Coop. La Controinteressata di Parabiago, e per la condanna all'aggiudicazione medesima in capo alla ricorrente e al conseguimento, con l'aggiudicazione, del contratto per l'affidamento "dei servizi di assistenza socio-educativa a favore di disabili - Lotto 1 - per il periodo dal 1 agosto 2010 al 31 luglio 2013";

<<oggetto del ricorso principale>>

- della determinazione n. 77 del 21 luglio 2010 e dei verbali di gara nella parte in cui la ricorrente è stata ammessa alla procedura di gara;

- di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale;

<<oggetto del ricorso incidentale>>.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Canegrate e de La Controinteressata Società Cooperativa Sociale Onlus;

Visto il ricorso incidentale e relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa *****;

Uditi, nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010, i difensori delle parti come specificato nel verbale e dato loro avviso della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata;

La ricorrente e la controinteressata, uniche partecipanti alla gara indetta dal Comune di Canegrate per l'affidamento dei servizi di assistenza socio-educativa a favore di disabili - Lotto 1 - per il periodo dal 1 agosto 2010 al 31 luglio 2013, si sono classificate, rispettivamente, al secondo ed al primo posto.

La commissione di gara, rilevando l'incompletezza della documentazione amministrativa prodotta da entrambe le concorrenti, ne ha consentito l'integrazione dichiarando a verbale non trattarsi di documenti richiesti a pena di esclusione e, ultimate le operazioni, ha proposto l'aggiudicazione in favore della cooperativa La Controinteressata Società Cooperativa Sociale Onlus, attuale gestore del servizio affidato in via d'urgenza nelle more dell'espletamento della procedura di gara.

Avverso tale aggiudicazione la ricorrente, una volta ottenuti in sede di accesso i verbali di gara, è insorta con il ricorso in epigrafe deducendone l'illegittimità per violazione della lex specialis, dell'art. 75 comma 8 del d. lgs. 163/2006 ed eccesso di potere.

In sintesi la ricorrente censura l'operato della commissione nella parte in cui ha ammesso, dapprima con riserva (seduta 15 giugno 2010) e poi in via definitiva (seduta del 25 giugno 2010) la cooperativa La Controinteressata consentendole l'integrazione dei seguenti documenti richiesti dal bando a pena di esclusione: la referenza bancaria relativa al conto corrente postale e l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risulti aggiudicatario.

Sul punto la controinteressata si difende obiettando che la clausola del bando relativa alla prestazione della garanzia (art. 16, Busta 1, punto 3) non era chiara in quanto, offrendo al concorrente la facoltà di prestare la garanzia in numerario da versare alla tesoreria comunale o, in alternativa, mediante fideiussione assicurativa o bancaria, non chiariva se ed in quale forma il concorrente che avesse optato per la prima modalità (come appunto nel suo caso) dovesse allegare l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

In ogni caso, nell'incertezza, ha comunque prodotto una dichiarazione del legale rappresentante della cooperativa secondo cui la "garanzia prevede" ... "l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora risultassimo aggiudicatari, ai sensi dell'art. 113 del d. lgs. 163/2006 e s.m.i." (cfr. doc. 14 ricorrente).

Quanto alle referenze di Poste Italiane evidenzia di averle chieste nei termini (doc. 18 id.) e di aver documentato in gara detta circostanza (doc. 16 id.) ma di averle ottenute soltanto dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, ossia in data 16 giugno 2010 (doc.19 id.).

Ritiene, pertanto, legittimo l'operato della commissione e chiede la reiezione del ricorso.

Con successivo ricorso incidentale, inoltre, eccepisce in rito l'irricevibilità del ricorso principale per tardività, avendo la ricorrente conosciuto la lesività degli atti impugnati fin dal 29 giugno 2010, seduta di redazione della graduatoria e aggiudicazione alla quale era presente un delegato della cooperativa Ricorrente.

Nel merito impugna la determinazione n. 77 del 21 luglio 2010 e dei verbali di gara nella parte in cui la ricorrente è stata ammessa alla procedura di gara per aver illegittimamente la commissione consentito l'integrazione documentale quanto alla certificazione del sistema di qualità per poter usufruire della dimidiazione dell'importo della garanzia.

L'amministrazione si difende disconoscendo le censure di entrambe le ricorrenti e osservando che la commissione di gara ha bene operato in quanto, avendo consentito l'integrazione documentale ad entrambe le uniche due concorrenti, non ha violato la par condicio.

Fa rilevare, peraltro, che le censure delle due ricorrenti sono della medesima natura ed afferiscono alla

stessa fase di gara, sicchè le stesse si elidono a vicenda e richiama giurisprudenza in tal senso.

Dopo ampia discussione, dato avviso ai difensori, la causa, alla camera di consiglio del 13 ottobre 2010, è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso principale è fondato per le ragioni di seguito esplicitate.

Preliminarmente va respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata dalla controinteressata dal momento che dai verbali di causa si desume soltanto che un delegato della Ricorrente era presente, ma non vi è prova che sia stata data lettura dei verbali al pubblico né gli stessi sono sottoscritti dai rappresentanti delle parti, tanto da poter inferire la piena conoscenza degli atti e delle valutazioni compiute dalla commissione e la consapevolezza della portata lesiva degli stessi con la conseguenza che il termine per la proposizione del ricorso decorre dalla piena conoscenza dei verbali di causa acquisita in seguito all'accesso agli atti (cfr. ex multis: T.A.R. Valle d'Aosta Aosta, sez. I, 10 dicembre 2008, n. 90; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 17 ottobre 2008, n. 1811; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 23 aprile 2008, n. 1555).

Nella disamina del merito le censure formulate in via principale e in via incidentale possono essere trattate congiuntamente atteso che afferiscono ad una vicenda fattuale unitaria.

E' dirimente, in proposito, la lettura dell'art.16 del bando di gara (doc. 2 id.) ove è richiesto l'inserimento nella busta 1, a pena di esclusione, dei documenti ivi elencati tra i quali, al punto 3) la "garanzia a corredo dell'offerta".

In particolare, dopo aver indicato che la garanzia può essere costituita, a scelta dell'offerente, in numerario da versare al tesoriere comunale o con fideiussione assicurativa o bancaria, al secondo

capoverso, ultimo periodo, testualmente recita: “La garanzia dovrà inoltre essere accompagnata o contenere, pena l’esclusione, l’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto qualora l’offerente risultasse aggiudicatario, ai sensi dell’art. 113 del d. lgs. 163/2006 e s.m.i.”.

Osserva il Collegio che la formulazione della clausola della *lex specialis* è inequivoca dal momento che l’espressione “dovrà inoltre essere accompagnata o contenere, pena l’esclusione” rappresenta l’esatta simmetria della facoltà di scelta, riservata all’offerente al primo comma, di costituire la garanzia in numerario ovvero con fideiussione.

In altri termini la clausola in esame contiene quasi un’equazione: “numerario : essere accompagnata = fideiussione : contenere”.

Nel primo caso sono necessari due atti, nel secondo un unico atto a contenuto plurimo: in ogni caso tale adempimento specifico è ulteriormente richiesto a pena di esclusione.

Ne consegue che in nessun caso la commissione avrebbe potuto consentire la produzione tardiva della suindicata dichiarazione di impegno rilasciata dal fideiussore essendo la stessa richiesta a pena di esclusione appalesandosi la violazione della *lex specialis* ancor più grave sia perché la commissione ha dichiarato a verbale trattarsi di “documentazione non espressamente richiesta dal bando medesimo come documentazione amministrativa da inserire, a pena di esclusione, nella busta n. 1” (cfr. doc. 3 id.), sia perché è stato accettato un documento richiesto a pena di esclusione non solo prodotto tardivamente ma vieppiù venuto ad esistenza dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ossia in data 21 giugno 2010 (doc. 20 id.).

L’espressa comminatoria di esclusione di un partecipante ad una gara pubblica stabilita negli atti recanti la *lex specialis* ha valore di autovincolo per l’amministrazione precedente: una volta indicata nel bando la

necessità che i singoli partecipanti tengano conto di una serie di precisi adempimenti a pena di esclusione nel caso di omissione, l'amministrazione ha discrezionalmente operato una scelta sulle modalità di redazione della domanda di partecipazione, ponendo a se stessa e a tutti gli offerenti regole inequivocabili, dalle quali tanto l'amministrazione, quanto gli offerenti non potranno prescindere e ciò proprio ove la sanzione dell'esclusione sia del tutto univoca (T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 13 maggio 2010, n. 2534).

Al contrario, la certificazione di qualità a corredo della garanzia con importo dimidiato non è espressamente richiesta a pena di esclusione.

Anzi, il tenore letterale del sesto capoverso del citato punto 3) dell'art. 16 busta 1 del bando milita in senso contrario dal momento che stabilisce che il requisito sia soltanto posseduto (testualmente: "che possiedono") all'atto della presentazione dell'offerta, così implicitamente ammettendone la dimostrazione a richiesta o in sede di verifica.

Né tampoco il suddetto capoverso rafforza la comminatoria dell'esclusione come invece specularmente stabilito per l'adempimento riguardante l'impegno del fideiussore.

In definitiva le "incompletezze" documentali delle due concorrenti, qualificate dall'amministrazione di pari portata, alla luce dell'autovincolo costituito dalla lex specialis, sono tutt'altro che equivalenti tanto né possono elidersi tra loro.

Per le suesposte ragioni il ricorso principale va accolto e, per l'effetto, va annullata l'aggiudicazione con conseguente condanna dell'amministrazione ad aggiudicare l'appalto alla cooperativa Ricorrente nel rispetto dei requisiti di legge.

Il ricorso incidentale è infondato e va rigettato.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)**

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- Accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione e condanna l'amministrazione ad aggiudicare l'appalto alla cooperativa Ricorrente nel rispetto dei requisiti di legge.

- Respinge il ricorso incidentale.

- Condanna l'amministrazione e la controinteressata alla rifusione di spese e competenze del giudizio che liquida in complessivi € 3.000,00 da corrispondersi nella misura di € 1.500,00 ciascuna, oltre rimborso forfetario spese generali, nonché oneri previdenziali e fiscali come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente FF

*****, Referendario

*****, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO

<https://www.diritto.it/qualora-a-scelta-dell-offerente-la-garanzia-provvisoria-sia-una-cauzione-deve-essere-esclusa-l-impresa-che-non-presenta-anche-l-impegno-di-un-fideiussore-a-cio-autorizzato-ad-emettere-in-caso-di/>