

Va esclusa l'impresa la cui polizza fideiussoria provvisoria contenga la possibilità per il fideiussore di opporre alla stazione appaltante eccezioni al pagamento

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Sostanzialmente, quindi, il bando richiede una fideiussione “ a prima richiesta”; tale adempimento non è stato rispettato dal raggruppamento ricorrente

ha un particolare rilievo l'aspetto formale-letterale delle formule da utilizzarsi, con cui si tende a garantire in modo preminente la posizione della stazione appaltante nei confronti di qualsiasi altro creditore dell'impresa

L'appendice della polizza fideiussoria depositata dalle ricorrenti non sarebbe regolare in quanto non conterrebbe alcun impegno del fideiussore nei confronti della Stazione appaltante né la polizza fideiussoria né l'appendice conterrebbero quanto richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara. Segnatamente, la cauzione presentata dalle ricorrenti principali non conterrebbe alcun riferimento all'impossibilità di presentare eccezioni da parte del fideiussore, come invece indicato dal disciplinare di gara, non essendo quindi configurabile nei confronti della stazione appaltante “a prima richiesta”. Un ulteriore vizio è dato dall'assenza di proroga della fideiussione stesa, in quanto in virtù del protrarsi delle operazioni di gara era necessaria la presentazione di una proroga essendo stati superati i primi 180 giorni di validità della cauzione provvisoria

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

E' fondato anche il rilievo relativo alla carenza della polizza fideiussoria presentata dai ricorrenti che non contiene la clausola relativa all'impossibilità per il fideiussore di opporre alla stazione appaltante alcuna eccezione,

anche nell'eventualità di opposizione proposta dal debitore o da altri soggetti interessati e anche nel caso che il debitore sia dichiarato nel frattempo fallito, ovvero sottoposto a procedure concorsuali o posto in liquidazione.

Sostanzialmente, quindi, il bando richiede una fideiussione " a prima richiesta"; tale adempimento non è stato rispettato dal raggruppamento ricorrente, che ha presentato una polizza che la commissione di gara ha interpretato come conforme allo schema legale, ma in cui manca, in particolare, la chiara ed espressa impossibilità per il fideiussore di opporre alla stazione appaltante alcuna eccezione, anche nell'eventualità di opposizione proposta dal debitore o da altri soggetti interessati.

Si rammenta, inoltre, come in tal caso, ha un particolare rilievo l'aspetto formale-letterale delle formule da utilizzarsi, con cui si tende a garantire in modo preminente la posizione della stazione appaltante nei confronti di qualsiasi altro creditore dell'impresa.

La richiesta clausola, unitamente a tutti gli altri requisiti previsti dal disciplinare di gara al punto 5, lettere a), b), c), d), e), è, nel caso di specie, sanzionata con l'esclusione dal disciplinare di gara.

Anche per tale motivo, dunque, il raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso ancora prima dell'aggiudicazione provvisoria.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 507 del 24 novembre 2010 pronunciata dal Tar Emilia Romagna, Parma

N. 00507/2010 REG.SEN.

N. 00179/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 179 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ati R.C.M Costruzioni Srl - Ricorrente 2 S.r.l. - Ricorrente 3 Claudio Spa - Ricorrente 4 Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv.ti *****, *****, e *****, con domicilio eletto presso l'***** in Parma, via XXII Luglio, 3;

contro

A.I.P.O. - Agenzia Interregionale per il Fiume Po, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, domiciliata per legge in Bologna, via Guido Reni 4;

nei confronti di

Consorzio Controinteressata Controinteressata Soc. Cooperativa, Controinteressata 2 S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. ***** e *****, con domicilio eletto presso l'avv. *****, in Parma, ***** 3; *****;

per l'annullamento

per l'annullamento del provvedimento dell'A.I.P.O. comunicato con nota prot. 0026806 del 9 luglio 2010, con la quale veniva comunicata l'esclusione dell'ATI costituenda attuale ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova conca di Isola Serafini sul fiume Po in Comune di Monticelli D'Ongina, nonché l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria della gara in favore dell'ATI attuale ricorrente;

di ogni altro atto presupposto conseguente o comunque connesso con il provvedimento impugnato - nonché degli eventuali provvedimenti di data e numero sconosciuti, ove medio tempore intervenuti, di aggiudicazione provvisoria e/o definitiva della gara in oggetto;

nonché, con proposizione di motivi aggiunti,

della determina dell'A.I.P.O. n. 797 in data 26.07.2010;

della nota dell'A.I.P.O. prot. n. 29762 del 30.07.2010.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'***** - Agenzia Interregionale Per il Fiume Po e del Consorzio Controinteressata Controinteressata Soc. Cooperativa e di Controinteressata 2 S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale ATI Consorzio Controinteressata Controinteressata S.c. ed altri, rappresentato e difeso dagli avv. ***** e ***** , con domicilio eletto presso l'avv. ***** , in Parma, Borgo ***** 3;

Viste le memorie difensive;

Dato atto che con propria ordinanza n. 165/2010 è stata fissata la discussione del merito della causa e sono stati sospesi medio tempore gli atti impugnati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2010 la dott.ssa ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le imprese ricorrenti (in costituenda ATI) hanno partecipato alla gara indetta dall'***** , Agenzia Regionale per la Navigazione Interna (ora *****), per l'affidamento della progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di realizzazione della nuova conca di navigazione di Isola Serafini sul fiume Po, nel Comune di Monticelli d'Ongina.

Le imprese ricorrenti sono risultate prime in graduatoria, con conseguente aggiudicazione provvisoria della gara in loro favore.

In sede di verifica della dichiarazioni rese dall'aggiudicatario provvisorio, la Stazione appaltante ha riscontrato taluni vizi che hanno portato all'esclusione del raggruppamento aggiudicatario provvisorio e all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria. La motivazione di tale scelta (provvedimento dell'***** del 09/07/2010) ha riguardato i requisiti dei progettisti, che non sono risultati idonei, oltre alla qualificazione del soggetto ausiliario, signor ***** , di cui la società ALFA s.r.l. si avvale per soddisfare i requisiti riguardanti la Classe VII categoria C.

Con il ricorso introduttivo, depositato in data 30 luglio 2010, e con il successivo ricorso per motivi aggiunti, il raggruppamento RICORRENTE ha impugnato la propria esclusione dalla gara nonché l'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore del raggruppamento CONTROINTERESSATA, dolendosi per i seguenti motivi:

1. Violazione di legge ed eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti, nonché per difetto di istruttoria e illogicità manifesta oltre che per motivazione erronea e carente. Secondo la stazione appaltante l'ing. LS, indicato come ausiliario nella progettazione, in quanto pubblico dipendente a tempo pieno, non potrebbe svolgere attività libero professionale e quindi non potrebbe svolgere gli appalti per attività di progettazione di cui all'art. 90 del d.lgs. 163/2006 s.m.i. Inoltre, non potrebbero essere inclusi nelle progettazioni svolte negli ultimi dallo stesso ingegnere, alcuni dei progetti indicati in sede di gara. I ricorrenti contestano entrambi tali assunti, da un lato, in quanto non sussisterebbe in base alla normativa vigente alcuna incompatibilità tra la qualità di pubblico dipendente a tempo pieno e lo svolgimento di incarichi professionali specifici per conto di soggetti, pubblici o privati, diversi dall'Amministrazione di appartenenza. Infatti, sarebbe vietata al pubblico dipendente l'iscrizione in albi professionali, non lo svolgimento di incarichi conferiti da altre Amministrazioni o da privati debitamente autorizzati dalle Amministrazioni di appartenenza. Inoltre, l'indicazione come ausiliario degli altri progettisti, incaricati dall'ATI ricorrente non incontrerebbe alcun limite nella normativa vigente.

2. Violazione di legge ed eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, per erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti, nonché per difetto di istruttoria e illogicità manifesta oltre che per motivazione erronea e carente. Rilevanza di tutti i servizi di progettazione svolti dall'ing. LS negli ultimi dieci anni ai fini della valutazione dei requisiti dei progettisti. Con tale motivo le società ricorrenti contestano che i servizi di progettazione svolti dall'ing. LS e utilizzati a dimostrazione della capacità e esperienza professionale non siano a lui ascrivibili (assistenza tecnica ai mezzi del metrò del mare e della cantieristica locale in località Punta Inferno di S. Maria di Castellabate", ovvero non siano tali da costituire veri e propri servizi di progettazione, per quanto concerne lo studio di fattibilità delle strutture portuali di Castellabate.

Si è costituita in giudizio l'AIPO chiedendo che il ricorso sia respinto in quanto infondato nonché il raggruppamento controinteressato.

In data 04 agosto 2010 il raggruppamento ricorrente ha depositato motivi aggiunti avverso la determina dell'AIPO, con la quale è stato confermato l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, disposta

l'escussione della cauzione provvisoria, segnalata l'impresa all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e aggiudicato il contratto al controinteressato nonché avverso la nota di comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva al medesimo contro interessato.

Alla camera di consiglio del 15 settembre 2010 il Collegio ritenendo che fossero prospettate questioni che necessitano di un approfondimento nella sede di merito, ha accolto l'istanza di sospensiva in considerazione del fatto che i lavori non risultavano ancora iniziati e ha fissato l'udienza di merito per il 26/10/2010.

Nelle more dell'udienza di merito il raggruppamento controinteressato ha notificato un primo ricorso incidentale in data 07/09/2010, depositato in data 08/09/2010 e un ulteriore ricorso incidentale in data 21/09/2010, depositato in data 23/09/2010.

In particolare, con il primo ricorso incidentale, viene preliminarmente sottolineata la correttezza dell'operato della stazione appaltante nell'escludere le ricorrenti principali dalla procedura di gara e, in secondo luogo, sono formulati ulteriori motivi di esclusione del raggruppamento RICORRENTE; sono inoltre, sottoposti all'attenzione del Collegio motivi finalizzati a evidenziare l'erroneità del punteggio attribuito al raggruppamento ricorrente, allo scopo di dimostrare come questo non potesse in nessun caso risultare aggiudicatario. In particolare, viene sottolineato nella III doglianza come il raggruppamento ricorrente non abbia fornito le dichiarazioni degli articoli 38 e 49 del d.lgs. 163/2006 e come quindi doveva essere escluso, essendo il rispetto di tali disposizioni sancito espressamente dal disciplinare di gara; inoltre le ricorrenti non hanno indicato la non esistenza delle forme di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e la non esistenza di situazioni di collegamento sostanziale con altre imprese, requisiti che, secondo il disciplinare, dovevano essere dichiarati "a pena di esclusione".

Inoltre l'appendice della polizza fideiussoria depositata dalle ricorrenti non sarebbe regolare in quanto non conterrebbe alcun impegno del fideiussore nei confronti della Stazione appaltante né la polizza fideiussoria né l'appendice conterrebbero quanto richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara. Segnatamente, la cauzione presentata dalle ricorrenti principali non conterrebbe alcun riferimento

all'impossibilità di presentare eccezioni da parte del fideiussore, come invece indicato dal disciplinare di gara, non essendo quindi configurabile nei confronti della stazione appaltante "a prima richiesta". Un ulteriore vizio è dato dall'assenza di proroga della fideiussione stesa, in quanto in virtù del protrarsi delle operazioni di gara era necessaria la presentazione di una proroga essendo stati superati i primi 180 giorni di validità della cauzione provvisoria.

In assenza di proroga la cauzione è, pertanto, venuta meno prima del termine della procedura di gara con conseguente necessaria esclusione del raggruppamento RICORRENTE.

Con il V motivo si rileva come, contrariamente rispetto a quanto richiesto dal disciplinare di gara, nella documentazione prodotta dal raggruppamento ricorrente mancano le dichiarazioni proprie del nulla osta antimafia per quanto riguarda i procuratori della società RICORRENTE Costruzioni s.r.l., i procuratori della RICORRENTE 2 s.r.l., i procuratori della società Ricorrente 3 ***** s.p.a., dei soggetti coinvolti nell'avvalimento.

Ritiene, inoltre, il raggruppamento contro interessato che l'offerta delle ricorrenti fosse anomala in quanto il ribasso del 30% dell'offerta è di per sé anomalo in quanto erode totalmente ed in eccesso quel 20-25% massimo di utile e spese generali che la P.A. normalmente prevede. La stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a una verifica in contraddittorio, con le ricorrenti per valutare la anomalia dell'offerta in relazione all'indice rilevato.

Con l'ulteriore ricorso incidentale, depositato in data 23 settembre 2010, il controinteressato censura il punteggio assegnato al progetto tecnico delle ricorrenti principali anche in relazione a quello che è stato assegnato a sé medesimo, ponendo in rilievo la disparità di trattamento in cui è incorsa la Commissione di gara e censurando pertanto anche i verbali e i conseguenti provvedimenti della stazione appaltante.

Rileva, inoltre, ulteriori motivi di censura per quanto concerne i requisiti di capacità tecnica dei

progettisti e del soggetto ausiliario indicati dalle ricorrenti.

In vista della pubblica udienza le ricorrenti depositavano memorie di replica rispetto ai ricorsi incidentali.

Fissata l'udienza di merito per il giorno 26 ottobre 2010 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dovere preliminarmente esaminare il ricorso incidentale notificato in data 07/09/2010 e depositato in data 08/09/2010, in quanto, ove esso sia riconosciuto anche in parte fondato e si riconosca che il raggruppamento ricorrente è stato legittimamente escluso dalla procedura di gara, vi sarebbe una carenza di interesse a veder deciso nel merito il ricorso principale (Cons. St., Ad. Plen. n. 2/2008), essendo impugnata con quest'ultimo, tra l'altro, la decisione di escludere, sia pure in modo postumo, il ricorrente raggruppamento dalla procedura di gara.

Per costante giurisprudenza, infatti, ove le questioni poste con il ricorso incidentale si riverberano sull'esistenza di una delle condizioni dell'azione (quale l'interesse a ricorrere), il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale (Cons. di St., sez. V, 09/06/2008 n. 2820, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 09/06/2008, n. 1150 e 11/06/2008 n. 1163, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 21 maggio 2008, n. 509).

Con il ricorso incidentale sono formulati ulteriori motivi di esclusione del raggruppamento ricorrente (oltre quelli che effettivamente posti a fondamento della contestata decisione della stazione appaltante) e in particolare, la violazione e la falsa applicazione degli articoli 38 e 49 del d.lgs. 163/2006, con la connessa violazione del disciplinare di gara nonché l'eccesso di potere per falso supposto di fatto e la violazione dei principi vigenti in materia di pubbliche gare, per non aver fornito il raggruppamento

ricorrente le dichiarazioni di cui all'articolo 38 così come ripreso dal disciplinare di gara.

Quest'ultimo ha, infatti, previsto la presentazione di una dichiarazione sostitutiva, resa ai sensi del D.P.R. 445/2000, sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), i), l), m), m) bis del d.lgs. 163/2006. Il disciplinare ha, quindi, sancito la sanzione dell'esclusione per le dichiarazioni non contenenti quanto previsto nei punti citati.

Lo stesso disciplinare ha prescritto che l'assenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 debba essere indicata in modo specifico per ciascuna ipotesi di cui al comma 1 e ciò "a pena di esclusione".

Nel caso concreto, l'ing. LS (ausiliario nella progettazione), ha prodotto una dichiarazione in cui non ha indicato specificatamente la non ricorrenza delle singole cause di esclusione, come richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara.

Inoltre, manca la specifica dichiarazione in ordine all'assenza delle surrichiamate cause di esclusione da parte della società ALFA s.r.l., capogruppo della società incaricata della progettazione e da parte dei due progettisti facenti parte del costituendo raggruppamento, ing. ***** e Ing. *****.. Né sul punto può obiettarsi che la previsione del disciplinare di gara si riferisce ai soli concorrenti e non ai progettisti, in quanto nel disciplinare di gara, a pagina 12, punto IV, l'obbligo è esteso anche ai soggetti designati alla redazione della progettazione e anche all'ausiliario della progettazione. Né può accogliersi l'obiezione circa il fatto che gli stessi avrebbero utilizzato lo schema del modello 4, allegato al disciplinare di gara, in quanto la norma del disciplinare è sufficientemente chiara nel prescrivere che le cause di esclusione di cui all'articolo 38 devono essere specificamente indicate e tale clausola prevale su eventuali modelli attesa la natura di rilievo pubblicistico e a tutela dell'ordine pubblico della disposizione dell'art. 38 d.lgs. 163/2006.

Un ulteriore elemento carente nella documentazione prodotta dal raggruppamento ricorrente, relativo ai

“requisiti di ordine generale”, riguarda la mancanza della dichiarazione prevista dal disciplinare di gara “a pena di esclusione”, relativamente alla non esistenza di situazioni di controllo e / o di collegamento sostanziale con altre imprese partecipanti alla gara.

E' fondato anche il rilievo relativo alla carenza della polizza fideiussoria presentata dai ricorrenti che non contiene la clausola relativa all'impossibilità per il fideiussore di opporre alla stazione appaltante alcuna eccezione, anche nell'eventualità di opposizione proposta dal debitore o da altri soggetti interessati e anche nel caso che il debitore sia dichiarato nel frattempo fallito, ovvero sottoposto a procedure concorsuali o posto in liquidazione. Sostanzialmente, quindi, il bando richiede una fideiussione “ a prima richiesta”; tale adempimento non è stato rispettato dal raggruppamento ricorrente, che ha presentato una polizza che la commissione di gara ha interpretato come conforme allo schema legale, ma in cui manca, in particolare, la chiara ed espressa impossibilità per il fideiussore di opporre alla stazione appaltante alcuna eccezione, anche nell'eventualità di opposizione proposta dal debitore o da altri soggetti interessati. Si rammenta, inoltre, come in tal caso, ha un particolare rilievo l'aspetto formale-letterale delle formule da utilizzarsi, con cui si tende a garantire in modo preminente la posizione della stazione appaltante nei confronti di qualsiasi altro creditore dell'impresa.

La richiesta clausola, unitamente a tutti gli altri requisiti previsti dal disciplinare di gara al punto 5, lettere a), b), c), d), e), è, nel caso di specie, sanzionata con l'esclusione dal disciplinare di gara.

Anche per tale motivo, dunque, il raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso ancora prima dell'aggiudicazione provvisoria.

Oltre a ciò, appare fondata anche la contestazione del ricorso incidentale volta a individuare una ulteriore illegittimità nella mancata produzione dei certificati camerali contenenti la specifica annotazione relativa al nulla osta anti-mafia per quanto concerne i procuratori della società RICORRENTE costruzioni, i procuratori di RICORRENTE 2 s.r.l.; i procuratori della società Ricorrente 3 ***** s.p.a. nonché la società di progettazione: il disciplinare di gara prevedeva tale adempimento a pena di esclusione (pag. 14).

Il Collegio ritiene che la fondatezza di tali rilievi del ricorso incidentale determini l'assorbimento delle ulteriori questioni poste nello stesso e nel secondo ricorso incidentale.

Per le motivazioni sopra espresse, il ricorso incidentale è fondato, ciò che comporta che l'offerta dell'impresa ricorrente non avrebbe dovuto essere ammessa al procedimento di gara né essere oggetto di valutazione.

Dall'accoglimento del ricorso incidentale deriva l'improcedibilità per difetto di interesse del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

Le spese di giudizio possono essere compensate in considerazione della complessità degli atti e delle memorie prodotti dalle parti.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso principale, sui motivi aggiunti e sui ricorsi incidentali, come in epigrafe proposti:

1. accoglie il primo ricorso incidentale;
2. dichiara improcedibili il ricorso principale e i motivi aggiunti.

Spese compensate.

Nulla in ordine al contributo unificato non essendo stato versato dal proponente i ricorsi incidentali.

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

Così deciso, in Parma, nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/va-esclusa-l-impresa-la-cui-polizza-fideiussoria-provvisoria-contenga-la-possibilita-per-il-fideiussore-di-opporre-alla-stazione-appaltante-eccezioni-al-pagamento/>