

Se per una appalto di progettazione, viene richiesta anche la cauzione provvisoria, il partecipante che ritenga che nei concorsi di progettazione, tale polizza non sarebbe dovuta

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Se per una appalto di progettazione, viene richiesta anche la cauzione provvisoria, il partecipante che ritenga che nei concorsi di progettazione, tale polizza non sarebbe dovuta, trovando invece applicazione la diversa polizza fideiussoria (sic!) indicata dall'art. 111 d. lgs. 163/2006, deve ricorrere al bando.

L'inoppugnabilità della predetta clausola, incidendo infatti sul diritto del ricorrente a partecipare alla gara, preclude la rimozione dell'atto di esclusione.

Comunque la polizza fideiussoria non solo non è intestata a tutti i componenti del Raggruppamento ma non reca le inderogabili clausole di rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2, cod. civ. né quella di immediata operatività della garanzia a semplice richiesta della stazione appellante

Il Raggruppamento di professionisti "Ricorrente 21 Architetti Associati" (di seguito Ricorrente) in sede di partecipazione al concorso di progettazione indetto dal Comune di Scafati, ha presentato polizza fideiussoria, ex art. 75 d. lgs. 163 del 2006, rilasciata in data 18.9.2009 dal gruppo SAI.

Il seggio di gara, ritenendo la polizza esibita difforme dalle regole di gara ha disposto l'esclusione del raggruppamento. Ha rilevato in particolare che la polizza fideiussoria non era intestata a tutti i componenti del raggruppamento, non recava la clausola di rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957

comma 2, cod. civ. e quella di immediata operatività della garanzia a semplice richiesta della stazione appellante, entrambe prescritte a pena di esclusione dall'art. 4, punto 1, lett. f) del disciplinare di gara.

Avverso il provvedimento di esclusione Ricorrente ha presentato l'odierno ricorso, notificato il 14 dicembre 2009 e depositato il successivo 23, col quale ha dedotto le seguenti censure.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 8 del disciplinare allegato al bando quale lex specialis di gara, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 46, 73 e 74 d. lgs. 163 del 2006 e degli artt. 38 e 71 DPR 445/2000.

Eccesso di potere per violazione del principio di integrazione documentale in sede di gara;

Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, motivazione carente o perplessa, manifesta irragionevolezza, sviamento.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art 75 d. lgs. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 8 del disciplinare allegato al bando quale lex specialis di gara, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 73 e 74 d. lgs. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e della più ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica; violazione del principio di integrazione documentale in sede di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, motivazione carente o perplessa, manifesta irragionevolezza, sviamento.

Per quanto sopra ha concluso per l'accoglimento del ricorso ed il conseguente annullamento degli atti impugnati, vinte le spese.

Resiste in giudizio il comune di Scafati che con memoria ha contestato le pretese di parte ricorrente, eccependo l'irricevibilità del ricorso per tardiva impugnativa del bando di gara posto che la clausola controversa relativa al tipo di polizza da prestare ha carattere immediatamente lesivo. Ha eccepito in ogni caso l'inammissibilità per acquiescenza e comunque per carenza d'interesse.

Ha contestato inoltre la fondatezza del ricorso nel merito chiedendone il rigetto.

I controinteressati, pur regolarmente intimati, non si sono costituiti.

Con ordinanza n. 66 del 21 gennaio 2010 il Tar ha respinto la richiesta di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 18 novembre 2010 la causa è stata posta in decisione.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il Collegio ritiene opportuno affrontare con precedenza il secondo ordine di censure con le quali parte ricorrente si duole dell'esclusione dalla gara per presunte irregolarità della polizza fideiussoria. L'esclusione, sarebbe a suo avviso illegittima ove si consideri che l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 d. lgs. 163/2006 non si applica alle procedure per l'affidamento dei servizi di progettazione (come peraltro vale anche per la cauzione definitiva di cui all'art. 113 d. lgs. 163 del 2006).

La censura, a prescindere dagli elementi di fondatezza nel merito, è tuttavia irricevibile per tardività.

In tema di offerta, l'art. 4 del disciplinare di gara stabilisce che i concorrenti sono tenuti a prestare cauzione provvisoria, pari al 2% del premio previsto, per la migliore offerta progettuale -ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. 163 del 2006- con l'eventuale riduzione prevista al comma 7 del medesimo art. 75 sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

Sempre l'art. 4 del disciplinare chiarisce inoltre che la fideiussione -ai sensi del richiamato art. 75, comma 3, d. lgs. 163/2006- può essere bancaria, assicurativa ovvero rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d. lgs. 385/1993.

La garanzia, precisa ancora l'art. 4, deve prevedere espressamente -ai sensi dell'art. 75, comma 4, d. lgs. 163/2006- la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ., nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Il menzionato art. 75 del d. lgs. 163/2006 chiarisce al comma 8 che l'offerta deve altresì essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario. Precisa inoltre che tale garanzia, a pena di revoca dell'affidamento e acquisizione della cauzione provvisoria, è calcolata e costituita secondo quanto prescritto dall'art. 113 del d. lgs. 163/2006.

Orbene, come rilevato in prima battuta dal seggio di gara e ribadito, in sede di autotutela di ufficio, la polizza fideiussoria non solo non è intestata a tutti i componenti del Raggruppamento ma non reca le inderogabili clausole di rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2, cod. civ. né quella di immediata operatività della garanzia a semplice richiesta della stazione appellante, entrambe prescritte a pena di esclusione dall'art. 4, punto 1, lett. F) del disciplinare di gara.

A sostegno delle proprie ragioni, i ricorrenti deducono che, nei concorsi di progettazione, la polizza

prevista dall'art. 75 d. lgs. 163/2006 non sarebbe dovuta, trovando invece applicazione la diversa polizza fideiussoria indicata dall'art. 111 d. lgs. 163/2006.

In disparte la considerazione che quest'ultima polizza non è stata comunque presentata dal Raggruppamento di professionisti ricorrente, appare tuttavia dirimente la circostanza che su questo aspetto l'impugnativa della clausola del disciplinare è irricevibile perché tardiva.

La clausola del disciplinare su questo punto ha infatti carattere immediatamente lesivo in quanto prescrittivo di un onere di partecipazione assistito da previsione espressa di esclusione con carattere automatico.

Ne consegue che essa avrebbe dovuto essere impugnata nel termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla pubblicazione del bando, ossia il 12 agosto 2009, fino quindi al 14 novembre 2009 (comprendendo dunque anche la sospensione per periodo feriale) Essa invece è stata impugnata soltanto unitamente al provvedimento di esclusione, ossia il 14.12.2009, a distanza di un mese dalla scadenza del termine decadenziale.

Il ricorso è pertanto inammissibile perché la tardività dell'impugnazione, benché limitata ad una sola clausola del disciplinare, si riflette sull'intero ricorso, incidendo sull'interesse ad agire posto che parte ricorrente non potrebbe ricevere alcuna utilità da una pronuncia giurisdizionale su una gara d'appalto dalla quale è stata esclusa.

L'inoppugnabilità della predetta clausola, incidendo infatti sul diritto del ricorrente a partecipare alla gara, preclude la rimozione dell'atto di esclusione.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 12797 del 30 novembre 2010 pronunciata dal Tar

Campania, Salerno

N. 12797/2010 REG.SEN.

N. 02206/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2206 del 2009, proposto da:***

contro***

nei confronti di***

per l'annullamento

degli atti del concorso di progettazione in due fasi con procedura aperta per l'acquisizione di un progetto preliminare (prima fase) e l'affidamento dell'incarico per la progettazione definitiva (seconda fase) del "polo scolastico" di via Oberdan, promosso dal comune di Scafati, ed in particolare:

1) del provvedimento prot. 0029409 del 12 ottobre 2009,

2) del provvedimento prot. n. 0034440 del 24 novembre 2009;

3) del disciplinare di gara, nella parte in cui all'art. 4 impone agli offerenti di versare, a pena di esclusione, la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 d. lgs. 163 del 2006;

4) del verbale dell'8 ottobre 2009.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Scafati in Persona del Sindaco P.T.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 66 del 21 gennaio 2010;

Visti gli atti tutti della causa

Relatore alla pubblica udienza del 18 novembre 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Il Raggruppamento di professionisti "Ricorrente 21 Architetti Associati" (di seguito Ricorrente) in sede di partecipazione al concorso di progettazione indetto dal Comune di Scafati, ha presentato polizza fideiussoria, ex art. 75 d. lgs. 163 del 2006, rilasciata in data 18.9.2009 dal gruppo SAI.

Il seggio di gara, ritenendo la polizza esibita difforme dalle regole di gara ha disposto l'esclusione del raggruppamento. Ha rilevato in particolare che la polizza fideiussoria non era intestata a tutti i componenti del raggruppamento, non recava la clausola di rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2, cod. civ. e quella di immediata operatività della garanzia a semplice richiesta della stazione appellante, entrambe prescritte a pena di esclusione dall'art. 4, punto 1, lett. f) del disciplinare di gara.

Avverso il provvedimento di esclusione Ricorrente ha presentato l'odierno ricorso, notificato il 14 dicembre 2009 e depositato il successivo 23, col quale ha dedotto le seguenti censure.

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 8 del disciplinare allegato al bando quale lex specialis di gara, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 46, 73 e 74 d. lgs. 163 del 2006 e degli artt. 38 e 71 DPR 445/2000.

Eccesso di potere per violazione del principio di integrazione documentale in sede di gara;

Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, motivazione carente o perplessa, manifesta irragionevolezza, sviamento.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art 75 d. lgs. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 8 del disciplinare allegato al bando quale lex specialis di gara, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 73 e 74 d. lgs. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e della più ampia partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica; violazione del principio di integrazione documentale in sede di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, motivazione carente o perplessa, manifesta irragionevolezza, sviamento.

Per quanto sopra ha concluso per l'accoglimento del ricorso ed il conseguente annullamento degli atti

impugnati, vinte le spese.

Resiste in giudizio il comune di Scafati che con memoria ha contestato le pretese di parte ricorrente, eccependo l'irricevibilità del ricorso per tardiva impugnativa del bando di gara posto che la clausola controversa relativa al tipo di polizza da prestare ha carattere immediatamente lesivo. Ha eccepito in ogni caso l'inammissibilità per acquiescenza e comunque per carenza d'interesse.

Ha contestato inoltre la fondatezza del ricorso nel merito chiedendone il rigetto.

I controinteressati, pur regolarmente intimati, non si sono costituiti.

Con ordinanza n. 66 del 21 gennaio 2010 il Tar ha respinto la richiesta di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

Alla pubblica udienza del 18 novembre 2010 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene opportuno affrontare con precedenza il secondo ordine di censure con le quali parte ricorrente si duole dell'esclusione dalla gara per presunte irregolarità della polizza fideiussoria. L'esclusione, sarebbe a suo avviso illegittima ove si consideri che l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 d. lgs. 163/2006 non si applica alle procedure per l'affidamento dei servizi di progettazione (come peraltro vale anche per la cauzione definitiva di cui all'art. 113 d. lgs. 163 del 2006).

La censura, a prescindere dagli elementi di fondatezza nel merito, è tuttavia irricevibile per tardività.

In tema di offerta, l'art. 4 del disciplinare di gara stabilisce che i concorrenti sono tenuti a prestare cauzione provvisoria, pari al 2% del premio previsto, per la migliore offerta progettuale -ai sensi dell'art. 75 del d. lgs. 163 del 2006- con l'eventuale riduzione prevista al comma 7 del medesimo art. 75 sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

Sempre l'art. 4 del disciplinare chiarisce inoltre che la fideiussione -ai sensi del richiamato art. 75, comma 3, d. lgs. 163/2006- può essere bancaria, assicurativa ovvero rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d. lgs. 385/1993.

La garanzia, precisa ancora l'art. 4, deve prevedere espressamente -ai sensi dell'art. 75, comma 4, d. lgs. 163/2006- la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ., nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Il menzionato art. 75 del d. lgs. 163/2006 chiarisce al comma 8 che l'offerta deve altresì essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario. Precisa inoltre che tale garanzia, a pena di revoca dell'affidamento e acquisizione della cauzione provvisoria, è calcolata e costituita secondo quanto prescritto dall'art. 113 del d. lgs. 163/2006.

Orbene, come rilevato in prima battuta dal seggio di gara e ribadito, in sede di autotutela di ufficio, la polizza fideiussoria non solo non è intestata a tutti i componenti del Raggruppamento ma non reca le inderogabili clausole di rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 comma 2, cod. civ. né quella di immediata operatività della garanzia a semplice richiesta della stazione appellante, entrambe prescritte a pena di esclusione dall'art. 4, punto 1, lett. F) del disciplinare di gara.

A sostegno delle proprie ragioni, i ricorrenti deducono che, nei concorsi di progettazione, la polizza prevista dall'art. 75 d. lgs. 163/2006 non sarebbe dovuta, trovando invece applicazione la diversa polizza fideiussoria indicata dall'art. 111 d. lgs. 163/2006.

In disparte la considerazione che quest'ultima polizza non è stata comunque presentata dal Raggruppamento di professionisti ricorrente, appare tuttavia dirimente la circostanza che su questo aspetto l'impugnativa della clausola del disciplinare è irricevibile perché tardiva.

La clausola del disciplinare su questo punto ha infatti carattere immediatamente lesivo in quanto prescrittivo di un onere di partecipazione assistito da previsione espressa di esclusione con carattere automatico.

Ne consegue che essa avrebbe dovuto essere impugnata nel termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla pubblicazione del bando, ossia il 12 agosto 2009, fino quindi al 14 novembre 2009 (comprendendo dunque anche la sospensione per periodo feriale) Essa invece è stata impugnata soltanto unitamente al provvedimento di esclusione, ossia il 14.12.2009, a distanza di un mese dalla scadenza del termine decadenziale.

Il ricorso è pertanto inammissibile perché la tardività dell'impugnazione, benché limitata ad una sola clausola del disciplinare, si riflette sull'intero ricorso, incidendo sull'interesse ad agire posto che parte ricorrente non potrebbe ricevere alcuna utilità da una pronuncia giurisdizionale su una gara d'appalto dalla quale è stata esclusa.

L'inoppugnabilità della predetta clausola, incidendo infatti sul diritto del ricorrente a partecipare alla gara, preclude la rimozione dell'atto di esclusione.

L'inammissibilità del ricorso esime il collegio dall'esame dei motivi di merito.

Le spese sono poste a carico di parte ricorrente e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Salerno, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso R.G. n. 2206 del 2009, lo dichiara inammissibile.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese processuali che si liquidano in complessivi € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), a titolo di onorari e spese, oltre *** e Cassa, ove dovute, in favore del comune di Scafati.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Salerno, nella camera di consiglio del 18 novembre 2010 con l'intervento dei signori Magistrati:

Sabato Guadagno, Presidente FF

*****, Consigliere

***** , Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/11/2010

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/se-per-una-appalto-di-progettazione-viene-richiesta-anche-la-cauzione-provvisoria-il-partecipante-che-ritenga-che-nei-concorsi-di-progettazione-tale-polizza-non-sarebbe-dovuta/>