

## Legittima esclusione per importo di cauzione provvisoria inferiore a quanto richiesto

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

L'importo della cauzione provvisoria dimezzata deve essere pari a € 13.800,00, . nella specie è accaduto invece che la ricorrente abbia presentato una garanzia fideiussoria per l'importo di € 1.380,00 , risultando dal testo della relativa polizza che tale è la "somma garantita".

Né pare possibile una interpretazione sostanzialistica, come preteso da parte ricorrente, perché la polizza fideiussoria impegna la società assicurativa a garantire un importo determinato (€ 1.380,00 appunto) che risulta significativamente inferiore a quello necessario secondo il disciplinare di gara (€ 13.800,00)

L'importo della garanzia fideiussoria è determinato dal disciplinare di gara "a pena di esclusione" ed è incontrovertibile che "l'importo garantito" sulla base della polizza fideiussoria presentata con l'offerta era inferiore a quello necessario. Non poteva quindi sussistere spazio ad incertezze interpretative o a dubbi da colmare con la richiesta di chiarimenti, pena anche l'alterazione della parità di trattamento con gli altri concorrenti

Il disciplinare di gara (all. 2 produzione ESTAV) al punto 1 stabilisce che nella busta n. 1 deve essere contenuta la cauzione provvisoria, "da costituirsi ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, e quindi conformemente alle seguenti prescrizioni, a pena di esclusione dalla gara", aggiungendo che l'importo della garanzia deve essere ordinariamente pari al 2% del valore dell'appalto (cui segue la previsione che "la presentazione di garanzia con importo inferiore a quello dovuto determina l'esclusione dalla gara") e quindi prevedendo la possibile riduzione dell'importo all'1% ai sensi dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006.

La ricorrente ha concorso chiedendo di beneficiare della riduzione della garanzia all'1% del valore dell'appalto ed è pacifico tra le parti, e risultante per tabulas, che l'importo così determinato deve essere pari a € 13.800,00.

Nella specie è accaduto invece che la ricorrente abbia presentato una garanzia fideiussoria per l'importo di € 1.380,00 (cfr. doc. 4 ESTAV), risultando dal testo della relativa polizza che tale è la "somma garantita". Siamo quindi in presenza di una chiara violazione delle prescrizioni delle previsioni della legge di gara cui deve seguire, per espressa previsione del disciplinare, che non risulta gravato, la sanzione della esclusione. Né pare possibile una interpretazione sostanzialistica, come preteso da parte ricorrente, perché la polizza fideiussoria impegna la società assicurativa a garantire un importo determinato (€ 1.380,00 appunto) che risulta significativamente inferiore a quello necessario secondo il disciplinare di gara (€ 13.800,00). Parte ricorrente ha prodotto alla stazione appaltante una appendice di variazione alla polizza nella quale si dichiara che solo per un errore di battitura nel precedente documento era stato indicato l'importo di € 1.380,00 anziché 13.800,00. Tuttavia si tratta di documento successivo al termine di scadenza della presentazione delle offerte, quest'ultimo fissato al 20 settembre 2010 mentre l'appendice riporta come "data del pagamento" il 9.11.2010. La stazione appaltante si è pronunciata sulla base degli atti prodotti nei termini previsti per la procedura ed ha correttamente sanzionato l'esclusione della ricorrente dalla gara per importo insufficiente della polizza fideiussoria. Né può parlarsi di un difetto di motivazione, poiché nel verbale del 5 novembre 2010 la commissione di gara ha chiaramente affermato che "la ditta ha presentato una polizza fideiussoria n. 06000535 rilasciata da \*\*\*\*\* di Fano non conforme a quanto richiesto, pena esclusione, in quanto la somma garantita è stata prevista in € 1.380,00 anziché 13.800,00, importo pari all'1% del costo complessivo dell'appalto previsto in € 1.380.000,00".

richiesta di riesame.

Anche questa censura appare infondata, avendo l'Amministrazione sinteticamente ma in termini chiari richiamato la "garanzia del rigore della procedura" e la "salvaguardia della par condicio dei concorrenti" come elementi che giustificano l'applicazione rigorosa delle prescrizioni di gara.

Alla luce dei rilievi che seguono il ricorso deve essere respinto, con spese a carico di parte ricorrente, liquidate come in dispositivo.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 4 del 17 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Toscana, Firenze

N. 00094/2011 REG.PROV.COLL.

N. 02218/2010 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2218 del 2010, proposto da:\*\*\*

contro\*\*\*

per l'annullamento

- della determinazione della Commissione aggiudicatrice, di esclusione dalla gara di appalto triennale del servizio di rilevazione ed elaborazione dati contenuti nelle prescrizioni farmaceutiche destinati alle Aziende USSLL nn. 7 di Siena; 8 di Arezzo; 9 di Grosseto, partecipata con comunicazione prot. 0032836 del 8 novembre 2010 dal Dirigente UOC i \*\*\*\*\* e Servizi dell'ESTAV, nonché per quanto possa occorrere, per l'annullamento di detta nota e quindi di ogni altro atto comunque inerente e connesso, ivi compresa la successiva Determinazione dirigenziale n. 0036922 del 23 novembre 2010, di reiezione della istanza di riesame del provvedimento di esclusione de quo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estav Sud Est;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con il ricorso introduttivo del giudizio la Ricorrente srl espone di aver partecipato alla procedura aperta indetta dalla ESTAV Sud Est per l'appalto triennale del servizio di rilevazione ed elaborazione dati contenuti nelle prescrizioni farmaceutiche e di essere stata esclusa per aver presentato una garanzia fideiussoria per l'importo di € 1.380,00 anziché 13.800,00 (importo quest'ultimo pari all'1% del valore complessivo dell'appalto pari a € 1.380.000,00). La ricorrente espone altresì di aver presentato alla stazione appaltante istanza di riesame della suddetta esclusione che è stata tuttavia respinta dall'Amministrazione.

La società ricorrente impugna quindi in questa sede l'atto di esclusione dalla procedura e il successivo rigetto della richiesta di riesame censurandoli sotto i seguenti profili:

- l'Amministrazione non doveva fermarsi al dato formale della previsione di un importo della garanzia fideiussoria pari a 1.380,00 - dovuto ad un lapsus calami- ma doveva esaminare la garanzia fideiussoria nella sua sostanzialità evidenziando che essa era stata resa per il valore corrispondente all'1% dell'importo dell'appalto (primo motivo);

- comunque la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere chiarimenti ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 (secondo motivo);
- l'irregolarità della prestata garanzia fideiussoria non può comunque portare alla sanzione espulsiva (terzo motivo);
- la comunicazione di esclusione non è stata accompagnata da adeguata motivazione (quarto motivo);
- non è stata adeguatamente motivato il rigetto della richiesta di riesame (quinto motivo).

Si è costituita in giudizio ESTAV Sud Est per resistere al ricorso.

Chiamata la causa alla camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011, relatore il dr. \*\*\*\*\*, e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito ai sensi dell'art. 60 c.p.a., dando di ciò avviso alle parti.

Con il primo, terzo e quarto motivo, che possono essere fatti oggetto di congiunto esame, parte ricorrente si duole del provvedimento di esclusione dalla gara emesso nei suoi confronti e ritiene che una valutazione non meramente formalistica dei fatti avrebbe dovuto portare ad una diversa soluzione, aggiungendo che comunque anche se irregolarità c'è stata questa non avrebbe potuto comportare l'esclusione dalla procedura e che l'adottata esclusione doveva essere adeguatamente motivata.

Le censure sono infondate.

Il disciplinare di gara (all. 2 produzione ESTAV) al punto 1 stabilisce che nella busta n. 1 deve essere contenuta la cauzione provvisoria, “da costituirsi ai sensi dell’art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, e quindi conformemente alle seguenti prescrizioni, a pena di esclusione dalla gara”, aggiungendo che l’importo della garanzia deve essere ordinariamente pari al 2% del valore dell’appalto (cui segue la previsione che “la presentazione di garanzia con importo inferiore a quello dovuto determina l’esclusione dalla gara”) e quindi prevedendo la possibile riduzione dell’importo all’1% ai sensi dell’art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006. La ricorrente ha concorso chiedendo di beneficiare della riduzione della garanzia all’1% del valore dell’appalto ed è pacifico tra le parti, e risultante per tabulas, che l’importo così determinato deve essere pari a € 13.800,00. Nella specie è accaduto invece che la ricorrente abbia presentato una garanzia fideiussoria per l’importo di € 1.380,00 (cfr. doc. 4 ESTAV), risultando dal testo della relativa polizza che tale è la “somma garantita”. Siamo quindi in presenza di una chiara violazione delle prescrizioni delle previsioni della legge di gara cui deve seguire, per espressa previsione del disciplinare, che non risulta gravato, la sanzione della esclusione. Né pare possibile una interpretazione sostanzialistica, come preteso da parte ricorrente, perché la polizza fideiussoria impegna la società assicurativa a garantire un importo determinato (€ 1.380,00 appunto) che risulta significativamente inferiore a quello necessario secondo il disciplinare di gara (€ 13.800,00). Parte ricorrente ha prodotto alla stazione appaltante una appendice di variazione alla polizza nella quale si dichiara che solo per un errore di battitura nel precedente documento era stato indicato l’importo di € 1.380,00 anziché 13.800,00. Tuttavia si tratta di documento successivo al termine di scadenza della presentazione delle offerte, quest’ultimo fissato al 20 settembre 2010 mentre l’appendice riporta come “data del pagamento” il 9.11.2010. La stazione appaltante si è pronunciata sulla base degli atti prodotti nei termini previsti per la procedura ed ha correttamente sanzionato l’esclusione della ricorrente dalla gara per importo insufficiente della polizza fideiussoria. Né può parlarsi di un difetto di motivazione, poiché nel verbale del 5 novembre 2010 la commissione di gara ha chiaramente affermato che “la ditta ha presentato una polizza fideiussoria n. 06000535 rilasciata da \*\*\*\*\* di Fano non conforme a quanto richiesto, pena esclusione, in quanto la somma garantita è stata prevista in € 1.380,00 anziché 13.800,00, importo pari all’1% del costo complessivo dell’appalto previsto in € 1.380.000,00”.

Con il secondo motivo parte ricorrente invoca l’art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, rilevando che la stazione appaltante avrebbe dovuto chiedere chiarimenti alla ditta ricorrente.

La censura è infondata.

L'importo della garanzia fideiussoria è determinato dal disciplinare di gara "a pena di esclusione" ed è incontrovertibile che "l'importo garantito" sulla base della polizza fideiussoria presentata con l'offerta era inferiore a quello necessario. Non poteva quindi sussistere spazio ad incertezze interpretative o a dubbi da colmare con la richiesta di chiarimenti, pena anche l'alterazione della parità di trattamento con gli altri concorrenti.

Con il quinto motivo parte ricorrente lamenta un difetto di motivazione dell'atto di rigetto della richiesta di riesame.

Anche questa censura appare infondata, avendo l'Amministrazione sinteticamente ma in termini chiari richiamato la "garanzia del rigore della procedura" e la "salvaguardia della par condicio dei concorrenti" come elementi che giustificano l'applicazione rigorosa delle prescrizioni di gara.

Alla luce dei rilievi che seguono il ricorso deve essere respinto, con spese a carico di parte ricorrente, liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nei confronti di ESTAV Sud- est liquidate in € 3.000,00 (tremila/00) oltre iva e cpa.



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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2011

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/legittima-esclusione-per-importo-di-cauzione-provvisoria-inferiore-a-quanto-richiesto/>