

Richiesta di definitiva pari al 20% legittima esclusione per impegno pari al 10% (TAR Sent.N.00161/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

La cauzione, in quanto impegno oneroso per il concorrente, ha carattere sostanziale sull'offerta

Se manca <<l'impegno del soggetto che ha rilasciato la garanzia provvisoria a rilasciare, in caso di aggiudicazione definitiva, una garanzia fideiussoria pari al 20% dell'importo offerto per l'acquisto del ramo, a copertura degli impegni assunti dal concorrente e riportati nel contratto di compravendita>> in quanto la ditta partecipante ha presentato un impegno ad emettere la garanzia di cui all'articolo 113 del codice dei contratti, la ditta va esclusa

l'articolo 113, comma 1, del d.lgs. 163/2006, richiamato nella dichiarazione presentata dalla controinteressata, prevede una fidejussione calcolata al 10% dell'offerta presentata, mentre il par. 7.2. la richiede in misura pari al 20%.

Trattandosi di difformità sostanziale rispetto ad una previsione univoca, non la si può ritenere frutto di mero errore materiale (caso mai, potrebbe ipotizzarsi una disattenzione nella lettura del bando, ma si tratterebbe di circostanza comunque imputabile al concorrente).

Né, infine, può ritenersi - come pure sostengono le parti resistenti - che la funzione indennitaria della fidejussione e la sua estraneità alla valutazione comparativa delle offerte la renda irrilevante ai fini della par condicio, in quanto si tratta pur sempre di un impegno oneroso richiesto a tutti i concorrenti, e come tale avente carattere sostanziale. O che - come sostiene la stazione appaltante - la sanzione dell'esclusione prevista dal comma 8 del citato articolo 75, consegua soltanto alla totale omissione

dell'impegno di garanzia, essendo evidente come non possa distinguersi la rilevanza della difformità in base all'entità di essa.

Passaggio tratto dalla sentenza numero 161 del 27 aprile 2012 pronunciata dal Tar Umbria, Perugia

Ricorso in subordine, del bando di gara, nella parte in cui non esplicita la sanzione dell'esclusione per l'ipotesi di mancata presentazione dell'impegno del soggetto che ha rilasciato la garanzia provvisoria a rilasciare, in caso di aggiudicazione definitiva, una garanzia fideiussoria pari al 20% dell'importo offerto per l'acquisto del ramo

Prima di esaminare le censure, va sottolineato che, nella seduta del 9 dicembre 2011, la Commissione di gara aveva rilevato che la documentazione presentata da Controinteressata 3 non conteneva <<l'impegno del soggetto che ha rilasciato la garanzia provvisoria a rilasciare, in caso di aggiudicazione definitiva, una garanzia fideiussoria pari al 20% dell'importo offerto per l'acquisto del ramo, a copertura degli impegni assunti dal concorrente e riportati nel contratto di compravendita>> richiesto dal bando (par. 7.2., pag. 8), bensì un impegno a rilasciare la cauzione definitiva di cui all'art. 113, comma 1, del d.lgs. 163/2006.

Pur rilevando che detto ultimo impegno <<non corrisponde alle richieste contenute nel bando>>, la Commissione, <<prendendo atto che il bando non contempla cause di esclusione in tal senso>>, aveva chiesto all'offerente di <<adeguare lo schema prodotto alle previsioni del suddetto bando>>, così come poi è avvenuto.

4.1. Alla luce di quanto appena precisato, la ricorrente lamenta anzitutto che la Commissione non abbia provveduto ad escludere la controinteressata.

Infatti, la sanatoria contrasta con l'articolo 13, commi 1 e 3, del d.l. 223/2006, con i principi di non

discriminazione e par condicio nelle procedure di gara ad evidenza pubblica ricavabili dal Trattato UE e dagli articoli 1, 2 e 27 del d.lgs. 163/2006, con gli articoli 46 e 75 del d.lgs. 163/2006, e dà luogo anche a falsa applicazione dell'articolo 7 del bando, nonché ad eccesso di potere per falsa causa, illogicità manifesta, difetto di motivazione e sviamento. Pertanto, a prescindere da un'espressa previsione a pena di esclusione, questa avrebbe dovuto comunque discendere dal carattere essenziale della dichiarazione mancante.

Le parti resistenti obiettano che l'articolo 75 del Codice dei contratti pubblici non trova applicazione in una procedura di alienazione di un ramo d'azienda, il cui bando di gara non ne richiama, nemmeno implicitamente, i contenuti; mentre l'articolo 46 risulta correttamente applicato dalla Commissione di gara.

Il Collegio osserva che la procedura in esame, non solo (per quanto sopra sintetizzato) presenta i tratti tipici di una procedura ad evidenza pubblica, ma è tale per disposizione normativa. Anche se, stante il carattere generico dell'articolo 13, comma 3, della legge 248/2006, devono ritenersi applicabili alla procedura in esame, non direttamente tutte le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, bensì i soli principi da esse desumibili, quali attuazione dei principi del Trattato.

Tra essi, quelli del rispetto della *lex specialis* - che si concretizza, tra l'altro, nell'impossibilità di una sua disapplicazione, se non per effetto di una puntuale disposizione normativa - e della *par condicio* tra i concorrenti.

Peraltro, la difformità sembra indiscutibile, posto che l'articolo 113, comma 1, del d.lgs. 163/2006, richiamato nella dichiarazione presentata dalla controinteressata, prevede una fidejussione calcolata al 10% dell'offerta presentata, mentre il par. 7.2. la richiede in misura pari al 20%.

Trattandosi di difformità sostanziale rispetto ad una previsione univoca, non la si può ritenere frutto di

mero errore materiale (caso mai, potrebbe ipotizzarsi una disattenzione nella lettura del bando, ma si tratterebbe di circostanza comunque imputabile al concorrente).

Né, infine, può ritenersi - come pure sostengono le parti resistenti - che la funzione indennitaria della fidejussione e la sua estraneità alla valutazione comparativa delle offerte la renda irrilevante ai fini della par condicio, in quanto si tratta pur sempre di un impegno oneroso richiesto a tutti i concorrenti, e come tale avente carattere sostanziale. O che - come sostiene la stazione appaltante - la sanzione dell'esclusione prevista dal comma 8 del citato articolo 75, consegua soltanto alla totale omissione dell'impegno di garanzia, essendo evidente come non possa distinguersi la rilevanza della difformità in base all'entità di essa.

<https://www.diritto.it/richiesta-di-definitiva-pari-al-20-legittima-esclusione-per-impegno-pari-al-10-tar-sent-n-001612012/>