

E' doverosa l'esclusione se manca l'impegno di un garante ad emettere la fideiussione definitiva

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Con la prima censura la parte controinteressata, evidenziato che il bando di gara prevede, a pena di esclusione, che l'offerta deve essere corredata dall'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, deduce che i ricorrenti non lo hanno presentato entro la prestabilita scadenza del 19.12.2013, e che quindi gli stessi avrebbero dovuto essere esclusi dalla procedura selettiva.

Il rilievo è fondato

Il bando iniziale, relativo alla procedura aperta indetta dall'Amministrazione, prevedeva, tra la documentazione da allegare all'offerta, "l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria (cauzione definitiva) per gli adempimenti contenuti nella convenzione, in osservanza dell'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006", e sanzionava con l'esclusione il mancato inserimento di tale impegno nel plico relativo alla documentazione amministrativa dell'offerente

Tale precetto era recepito nella lettera d'invito riguardante il successivo procedimento negoziato, nella parte in cui essa rivolgeva l'invito "a presentare l'offerta con le stesse modalità di cui al bando di gara già

pubblicato” e qualificava come “condizione per l’ammissione alla procedura negoziata” i documenti non presentati dai concorrenti nel precedente procedimento selettivo conclusosi infruttuosamente.

Tale prescrizione, del resto, è coerente con l’art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui “l’offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall’impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto, di cui all’art. 113, qualora l’offerente risultasse aggiudicatario”.

Pertanto i ricorrenti avrebbero dovuto essere estromessi dal procedimento concorsuale, in applicazione delle norme contenute nella lettera invito.

a cura di *****

passaggio tratto dalla sentenza
numero 1547
del 15
ottobre

2014 pronunciata dal Tar Toscana, Firenze

N. 01547/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00873/2014 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 873 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

***** e ***** 2, rappresentati e difesi dagli avvocati ***** e *****
*****, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato ***** in Firenze, via
dell'Oriuolo n. 20;

contro

Comune di Livorno, rappresentato e difeso dagli avvocati *****, ***** e *****
con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

nei confronti di

Controinteressata s.r.l., Controinteressata 2 s.r.l., Pasticceria Controinteressata 3 di ***** e
*****, rappresentati e difesi dagli avvocati ***** ed *****
eletto presso l'avvocato ***** in Firenze, piazza Isidoro del Lungo n. 1;

per l'annullamento

- della determinazione n. 2312 del 10.04.2014 del Dirigente U.O. Patrimonio e Demanio del Comune di Livorno, con la quale è stata aggiudicata in via definitiva la concessione di valorizzazione dello "Chalet" della Rotonda di Ardenza alla costituenda ATI tra Controinteressata s.r.l. / *****à Controinteressata 2 s.r.l. / Pasticceria Controinteressata 3 di ***** & ***** / *****
nonchè del verbale di aggiudicazione provvisoria in data 12.02.2014, del verbale unico delle sedute riservate dell'8 gennaio, del 16 gennaio e del 31 gennaio 2014 della Commissione giudicatrice nelle quali sono state valutate sotto il profilo qualitativo le offerte tecniche concorrenti e sono stati attribuiti i corrispondenti punteggi, e del

verbale della seduta del 7 febbraio 2014 nel corso della quale e' stata esaminata la solidità e la fattibilità del piano economico finanziario e sono stati attribuiti i punteggi; nonché di ogni altro presupposto o consequenziale;

e per l'annullamento (chiesto con motivi aggiunti depositati in data 9 luglio 2014):

- della deliberazione n. 227 del 12.5.2014 della Giunta Comunale di Livorno, e per quanto possa occorrere, della nota datata 25.6.2014 prot. 59532;

- della nota datata 16.5.2013 a firma dell'arch. Podenzana e dei provvedimenti incogniti con i quali fosse stata valutata ed approvata la diversa soluzione progettuale per il restauro ed ampliamento dello Chalet della Rotonda di cui al rendering pubblicato sul quotidiano Il Tirreno del 20.5.2014 e rappresentata nel cartellone affisso all'ingresso de La Rotonda di Ardenza alla fine dello scorso mese di maggio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Livorno e di Controinteressata s.r.l., Controinteressata 2 s.r.l., Pasticceria Controinteressata 3 s.a.s. e C_ Sergio;

Visto il ricorso incidentale proposto da Controinteressata s.r.l., Controinteressata 2 s.r.l., Pasticceria Controinteressata 3 s.a.s. e C_ Sergio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2014 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.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Livorno ha indetto una procedura aperta per la concessione di valorizzazione dello chalet della Rotonda di Ardenza, con opere di riqualificazione, restauro e ampliamento.

Nel termine prefissato dal bando sono pervenute due offerte (una dei ricorrenti, l'altra dell'A.T.I. costituita tra Controinteressata s.r.l., Controinteressata 2 s.r.l., Pasticceria Controinteressata 3 s.a.s. e *****).

Poiché nessuno dei concorrenti aveva presentato documentazione completa e regolare (in particolare, i ricorrenti non avevano allegato all'offerta l'impegno del fideiussore a rilasciare la **cauzione** definitiva ex art. 113 del d.lgs. n. 163/2006), la Commissione di gara, nella seduta del 3.12.2013, ha dichiarato senza esito la procedura selettiva, ed ha dato atto della sussistenza delle condizioni di indizione di una procedura negoziata senza pubblicazione di bando.

Pertanto il dirigente dell'Ufficio Patrimonio e Demanio del Comune di Livorno, con determinazione n. 38330 del 6.12.2013, ha indetto procedura negoziata senza bando; conseguentemente il responsabile dell'Ufficio Provveditorato, con missiva datata 9.12.2013, ha invitato la parte ricorrente e l'A.T.I. controinteressata a presentare l'offerta con le stesse modalità stabilite dal bando di gara relativo alla pregressa procedura aperta, precisando che i documenti che i concorrenti avevano omesso di presentare in detta procedura avrebbero costituito "condizione per l'ammissione alla procedura negoziata" (documento n. 10 depositato in giudizio dalla parte controinteressata).

La Commissione di gara, nella seduta del 20.12.2013, pur evidenziando che i concorrenti Ricorrente e Ricorrente 2 non avevano presentato l'atto di impegno del fideiussore a prestare la **cauzione** definitiva, imposto dal bando richiamato nella lettera invito, ma una lettera del Banca garante attestante che "il credito di firma...è in corso di stesura", ha deciso di ammetterli ugualmente alla gara stabilendo, come nuovo termine di consegna del documento de quo, il 31.12.2013 (documento n. 2 depositato in giudizio dai controinteressati).

Il Comune, con determina n. 2312 del 10.4.2014, ha infine disposto l'aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI costituenda tra Controinteressata s.r.l., Controinteressata 2 s.r.l., Pasticceria Controinteressata 3 s.a.s. e C_*****.

Avverso tale provvedimento e gli atti connessi i ricorrenti sono insorti deducendo varie censure.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Livorno e le imprese facenti parte della costituenda ATI aggiudicataria.

Quest'ultime hanno depositato in giudizio, in data 9.6.2014, un ricorso incidentale deducendo, avverso gli atti impugnati con il ricorso principale (nella parte in cui non dichiarano l'esclusione dalla procedura negoziata degli imprenditori Ricorrente e Ricorrente 2):

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 75 e 113 del d.lgs. n. 163/2006, dei principi di parità di trattamento, correttezza, trasparenza e imparzialità, anche con riferimento all'art. 97 della Costituzione; violazione della lex specialis di gara e dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per disparità di trattamento, contraddittorietà manifesta, illogicità, carenza di istruttoria, sotto vari profili;

2) violazione ed errata applicazione del bando di gara e dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 riguardo all'offerente Ricorrente;

3) eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità nella valutazione, violazione del bando; erroneità e difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi.

D'altro canto i ricorrenti principali hanno depositato in giudizio, in data 9.7.2014, motivi aggiunti, aventi ad oggetto la determina n. 2312 del 10.4.2014 (già impugnata con il gravame introduttivo), la deliberazione della giunta comunale n. 227 del 12.5.2014 e le note del 25.6.2014 e del 16.5.2013.

Alla camera di consiglio del 24 settembre 2014 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio rileva che la censura, introdotta con il ricorso incidentale, che colpisce la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, dei ricorrenti principali, a causa della mancata allegazione all'offerta dell'impegno a prestare la **cauzione** definitiva, deve essere qualificata come paralizzante; alla stessa va, pertanto, assegnata priorità nell'ordine logico di esame delle questioni dedotte (Cons. Stato, III, 17.6.2014, n. 3058; TAR Puglia, Lecce, II, 29.7.2014, n. 2024).

Al riguardo i ricorrenti principali hanno eccepito la tardività del ricorso incidentale, sull'assunto che il termine di notifica del medesimo sarebbe decorso dal momento in cui la Commissione di gara decideva la loro ammissione alla procedura selettiva.

L'eccezione è infondata.

L'interesse del raggruppamento aggiudicatario a ricorrere avverso l'ammissione alla gara dei signori Ricorrente e Ricorrente 2 è sorto con la notifica del ricorso principale (Cons. Stato, V, 27.12.2013, n. 6285).

Invero, gli atti adesso impugnati, avendo un effetto finale favorevole ai ricorrenti incidentali (aggiudicatari), non assumono di per sé alcun profilo di lesività nei confronti di quest'ultimi.

Vale pertanto la disciplina della decorrenza dei termini sancita dall'art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 104/2010, alla cui stregua il ricorso incidentale è stato tempestivamente notificato.

Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione dell'impugnativa incidentale si osserva quanto segue.

Con la prima censura la parte controinteressata, evidenziato che il bando di gara prevede, a pena di esclusione, che l'offerta deve essere corredata dall'impegno del fideiussore a rilasciare la **cauzione** definitiva, deduce che i ricorrenti non lo hanno presentato entro la prestabilita scadenza del 19.12.2013, e che quindi gli stessi avrebbero dovuto essere esclusi dalla procedura selettiva.

Il rilievo è fondato.

Il bando iniziale, relativo alla procedura aperta indetta dall'Amministrazione, prevedeva, tra la documentazione da allegare all'offerta, "l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria (**cauzione** definitiva) per gli adempimenti contenuti nella convenzione, in osservanza dell'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006", e sanzionava con l'esclusione il mancato inserimento di tale impegno nel plico relativo alla documentazione amministrativa dell'offerente (pagine 8 e 12 del bando, costituente il documento n. 7 depositato in giudizio dai controinteressati). Tale precetto era recepito nella lettera d'invito riguardante il successivo procedimento negoziato, nella parte in cui essa rivolgeva l'invito "a presentare l'offerta con le stesse modalità di cui al bando di gara già pubblicato" e qualificava come "condizione per l'ammissione alla procedura negoziata" i documenti non presentati dai concorrenti nel precedente procedimento selettivo conclusosi infruttuosamente.

Tale prescrizione, del resto, è coerente con l'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario".

Pertanto i ricorrenti avrebbero dovuto essere estromessi dal procedimento concorsuale, in applicazione delle norme contenute nella lettera invito.

Non depone in senso contrario la lettera intestata al Banca garante presentata in sede di gara, con la quale il signor Ricorrente 2 viene informato che il credito di firma riferito alla procedura selettiva in questione "è in corso di stesura" e "sarà consegnato non appena concluso l'iter tecnico" (documento n. 12, il quale peraltro reca la data del 19.12.2012, anziché del 19.12.2013, probabilmente per un errore di battitura). Trattasi infatti di nota attestante che l'impegno richiesto dalla lex specialis di gara non si era ancora perfezionato al momento della scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Parimenti attiene alla fase istruttoria dell'impegno fideiussorio richiesto (non conclusasi entro il predetto termine di scadenza) il pegno costituito dal signor Ricorrente 2 a favore del Banca garante (documenti n. 13 e 14), pegno che attiene ai rapporti tra i ricorrenti e l'Istituto bancario, e non al rapporto tra ricorrenti e Comune, non essendo da esso desumibile un univoco riferimento all'impegno fideiussorio richiesto (ad esempio, l'art. 1 del contratto di pegno datato 16.12.2013, costituente il documento n. 14, stabilisce

genericamente che il medesimo è a garanzia dei crediti della Banca).

La circostanza che l'impegno fideiussorio preteso dalla lex di gara si sia perfezionato il 23.12.2013 (documento n. 15), e cioè dopo la scadenza in essa prevista, non può valere a regolarizzare la denunciata omissione, la quale costituisce violazione della clausola del bando recepita nella lettera invito.

Invero, l'Amministrazione ed i ricorrenti principali non possono invocare il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, il quale è riferito ai diversi casi delle dichiarazioni dei requisiti di partecipazione e qualificazione di cui agli articoli da 38 a 45; inoltre, il soccorso istruttorio non ha portata illimitata, ma consente di eliminare errori formali o di apportare integrazioni a documenti di gara nei quali sono comunque in qualche modo già riconoscibili i contenuti fondamentali richiesti, così da necessitare di un mero chiarimento o della regolarizzazione di elementi accessori, mentre invece nel caso in esame è mancata del tutto, entro il termine imposto dalla lex specialis di gara, una produzione documentale che assumesse contenuti ascrivibili a quelli indicati dall'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006 e dalla corrispondente prescrizione del bando recepita nella lettera invito (Cons. Stato, V, 5.12.2012, n. 6248; TAR Toscana, II, 13.5.2013, n. 788).

In conclusione, il ricorso incidentale deve essere accolto, restando assorbite le censure, ivi dedotte, non esaminate; per l'effetto, devono essere annullati i provvedimenti impugnati, nella parte in cui la parte ricorrente è stata ammessa alla procedura di gara.

Di conseguenza, il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili per carenza di interesse, trattandosi di impugnativa proposta da soggetti da ritenersi non aventi titolo a partecipare legittimamente alla procedura selettiva.

Le spese di giudizio, inclusi gli onorari difensivi, seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2014

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/e-doverosa-l-esclusione-se-manca-l-impegno-di-un-garante-ad-emettere-la-fideiussione-e-definitiva/>