

La clausola di un bando che impone l'obbligo dell'autentica notarile della firma apposta dal contraente (id est, l'impresa partecipante) sulla polizza fideiussoria da allegare all'offerta è da considerarsi illegittima, in quanto sproporzionata rispetto ai fini di garanzia che la stazione appaltante intende riconnettervi

Merita di essere segnalata la sentenza numero 2688 del 5 luglio 2007 del Tar Puglia, Lecce nella quale si dichiara illegittima un'esclusione di un'impresa per aver presentata una cauzione provvisoria priva dell'autentica notarile, non della firma del garante, ma della ditta obbligata

<La clausola del bando che imponeva l'autentica notarile della firma del contraente (id est, del legale rappresentante dell'impresa partecipante alla gara) sulla polizza fideiussoria è illegittima, in quanto sproporzionata rispetto ai fini di garanzia che la stazione appaltante intendeva riconnettervi. In effetti, come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione 11.10.2005, n. 8, "...nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Il contratto interviene tra il garante (.....) ed il beneficiario (.....) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr. art. 1333 c.c.). Il garantito (.....) non è parte necessaria. La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.). Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito (.....) non assume quindi di per sé alcun rilievo e, ove pure la sottoscrizione della capogruppo fosse stata apposta, essa avrebbe evidenziato soltanto i rapporti interni tra la medesima e il garante e, al più indirettamente, avrebbe confermato la sua qualità di unica garantita dalla fideiussione". In aggiunta a tali condivisibili argomentazioni, si deve aggiungere che:

dalla decisione della Sez. IV del Consiglio di Stato n. 8265/2006, richiamata dalla controinteressata a sostegno delle proprie deduzioni, non si desumono argomenti contrari, in quanto non ricorre l'eadem ratio rispetto alla situazione che ha indotto la Sez. IV ad affermare l'obbligatorietà dell'autentica notarile. Infatti, in quella vicenda il bando di gara richiedeva l'autentica notarile della firma del funzionario che sottoscriveva per il fideiussore; una delle imprese partecipanti aveva presentato una polizza fideiussoria costituita da due fogli separati, non uniti fra loro da timbri di congiunzione, ma solo da spilli metallici, di cui uno costituente il contratto principale (e in esso la firma del fideiussore era autenticata), l'altro un allegato contenente condizioni integrative essenziali al contratto-base (e in tale allegato la firma del fideiussore non era autenticata e inoltre non era nemmeno richiamato con sufficiente precisione il contratto principale). Come si vede, nel caso di specie non ricorre un'analogia situazione, non essendo in discussione la presenza dell'autentica notarile della firma del funzionario che ha sottoscritto la polizza fideiussoria presentata in sede di gara dalla società ricorrente; >

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA In nome del popolo italiano

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Seconda Sezione di Lecce, nelle persone dei signori Magistrati:

Antonio CAVALLARI Presidente

Giulio CASTRIOTA SCANDERBEG Primo Referendario

Tommaso CAPITANIO Referendario, relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

A) sul ricorso n. 533/2007, proposto da DITTA ALFA S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dell'avv. Domenico Macrì, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nicola Flascassovitti, in Lecce, Via 95° Rgt. Fanteria, 1,

contro

Comune di Martina Franca, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Olimpia Cimaglia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vantaggiato, in Lecce, Via Zanardelli, 7; Project Manager dell'Ufficio Unico P.I.T. n. 5 – Valle d'Itria, presso il Comune di Martina Franca, non costituito, e nei confronti di

F.LLI BETA S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Aprile, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mellone, in Lecce, Via Zanardelli, 7,

per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,

del bando di gara del 30.11.2006 relativo all'appalto pubblico indetto dal Comune di Martina Franca, Ufficio Unico P.I.T. n. 5, avente per oggetto "Lavori di completamento viabilità a servizio delle zone artigianali D1-D2-D3 del Comune di Noci", nella parte in cui, al punto 6), ha prescritto che "le fideiussioni e le polizze assicurative devono essere accompagnate da autenticazione notarile della firma del contraente";

della determina dirigenziale n. 22 del 22.2.2007 emessa dall'Ufficio Unico PIT n. 5 reg. gen. n. 485, notificata in data 27.2.2007 con nota prot. n. 29239, con la quale è stato approvato il verbale di gara redatto in data 4.1.2007 e sono stati affidati in via definitiva i lavori in questione alla ditta F.Lli BETA;

del verbale di gara del 4.1.2007, portato a conoscenza della ricorrente unitamente alla determina dirigenziale n. 22, con il quale il predetto appalto è stato aggiudicato provvisoriamente alla ditta F.Lli BETA e la società ricorrente è stata esclusa, con la seguente motivazione: "perché la firma del contraente sulla cauzione provvisoria non è autenticata";

di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, nonché per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni, in forma specifica o per equivalente;

B) sui motivi aggiunti al predetto ricorso, notificati in data 30.5.2007 e depositati in data 6.6.2007,

per l'annullamento, previa sospensiva,

del verbale di gara del 10.5.2007 e della nota n. 11722 del 24.5.2007, nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda cautelare proposta unitamente al ricorso;

Visto il decreto presidenziale 14.4.2007, n. 310, con cui è stata accolta la domanda di concessione di misure cautelari inaudita altera parte;

Viste le ordinanze 30.4.2007, n. 354, 18.5.2007, n. 427, e 1.6.2007, n. 487, con le quali è stata accolta a termine la domanda cautelare ed è stata disposta istruttoria;

Visti i motivi aggiunti;

Uditi nella camera di consiglio del 28 giugno 2007 il relatore, Ref. Tommaso Capitanio, e, per le parti, gli avv. Nicola Flascassovitti, in sostituzione dell'avv. Macrì, e Luca Pedone, in sostituzione dell'avv. Cimaglia.

Considerato che nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti sono dedotti i seguenti vizi:

Violazione del principio di buon andamento ed imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.). Violazione falsa ed errata applicazione dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006; Falsa ed errata applicazione del bando di gara con riferimento al punto 6), alinea 6; Eccesso di potere per erroneità nei presupposti di fatto e di diritto sottesi alla esclusione dalla gara; Irragionevolezza ed illogicità dell'agire amministrativo; Violazione dei criteri di stretta interpretazione delle clausole di esclusione dalle gare e del principio di massima partecipazione;

Violazione dell'art. 3, 41 e 97 Cost. sotto altro profilo; Violazione del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche; Violazione, falsa ed errata applicazione dell'art. 6 della L. 241/1990;

Violazione e falsa applicazione dell'art. 82, comma 2, let. b) del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 89, comma 1, del DPR n. 554/1999;

Violazione e falsa applicazione del bando di gara;

violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A.;

eccesso di potere per illogicità ed erroneità del presupposto di fatto e di diritto. Illogicità manifesta ed irragionevolezza, perplessità. Difetto di motivazione, sviamento. Violazione del principio del favor participationis;

violazione e falsa applicazione degli artt. 1324, 1362 e 1366 c.c. Violazione dei criteri di valutazione ed interpretazione delle offerte e del principio della volontà dell'offerente. Violazione del principio di conservazione degli atti giuridici. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea interpretazione dell'offerta. Sviamento.

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

La società ricorrente, che aveva presentato domanda di partecipazione alla gara in epigrafe, ne è stata esclusa per violazione della clausola del bando che imponeva l'obbligo dell'autentica notarile della firma apposta dal contraente (id est, l'impresa partecipante) sulla polizza fideiussoria da allegare all'offerta.

Nella polizza presentata dalla società ricorrente era regolarmente autenticata la firma dell'agente dell'assicurazione, ma non anche quella del legale rappresentante di DITTA ALFA, il che, in stretta applicazione della citata clausola del bando, ha determinato l'esclusione della ricorrente (e anche di alcune altre imprese partecipanti) e, in base alla media delle offerte ammesse, l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ditta F.lli BETA.

La società ricorrente contesta sia l'atto di esclusione che la clausola del bando, richiamando, in particolare, la decisione dell'Adunanza Plenaria 11.10.2005, n. 8, in cui il massimo Consesso della Giustizia Amministrativa ha ritenuto che le fideiussioni rilasciate dalle società assicuratrici ai fini della partecipazione a gare d'appalto da parte degli assicurati hanno lo scopo principale di garantire la stazione appaltante, per cui la firma del legale rappresentante dell'impresa stipulante sarebbe persino superflua. Quindi, secondo la ricorrente, a maggior ragione è superflua l'autentica notarile della predetta firma.

In subordine, la ricorrente evidenzia comunque che il mancato assolvimento dell'onere per cui è causa non è sanzionato espressamente con l'esclusione dalla procedura.

Dopo che con il decreto presidenziale n. 310/2007 è stata accolta la domanda cautelare inaudita altera parte, la Sezione, con le ordinanze in epigrafe, ha accolto a termine la domanda cautelare, ordinando nel contempo al responsabile del procedimento, al fine di verificare la sussistenza dell'interesse al ricorso, di rideterminare la media delle offerte tenendo conto anche di quella presentata da DITTA ALFA. All'esito di questa operazione, il R.U.P. ha escluso nuovamente l'offerta della ricorrente, questa volta in ragione della ritenuta discordanza fra importo in cifre e importo in lettere (quest'ultimo non riportante la dicitura "percento" o il relativo simbolo "%"). In base alla media rideterminata delle offerte, la ricorrente risulterebbe aggiudicataria.

Questa nuova determinazione è stata impugnata con i motivi aggiunti, in cui la ricorrente evidenzia:

l'assenza di qualsivoglia discordanza fra importo indicato in cifre e importo indicato in lettere; l'irrelevanza dell'omessa indicazione del "percento" accanto all'importo in lettere (dovuta a distrazione del legale rappresentante al momento della compilazione dell'offerta), sia perché, in base al bando, le offerte dovevano essere formulate in termini di ribasso percentuale sul prezzo base palese (per cui gli importi già di per sé sono valori percentuali), sia perché, in ogni caso, dal tenore letterale del documento si evince chiaramente che quello indicato è il ribasso offerto.

Costituendosi in giudizio, le controparti hanno eccepito la tardività del ricorso, nella parte in cui è stata impugnata la clausola del bando (giudicata immediatamente lesiva), e/o l'acquiescenza alla stessa, mentre nel merito hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Ciò premesso, il Tribunale ritiene che il ricorso vada accolto, per le seguenti ragioni.

La clausola del bando che imponeva l'autentica notarile della firma del contraente (id est, del legale rappresentante dell'impresa partecipante alla gara) sulla polizza fideiussoria è illegittima, in quanto sproporzionata rispetto ai fini di garanzia che la stazione appaltante intendeva riconnettervi. In effetti, come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione 11.10.2005, n. 8, "...nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Il contratto interviene tra il garante (.....) ed il beneficiario (.....) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr. art. 1333 c.c.). Il garantito (.....) non è parte necessaria. La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.). Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito (...) non assume quindi di per sé alcun rilievo e, ove pure la sottoscrizione della capogruppo fosse stata apposta, essa avrebbe evidenziato soltanto i rapporti interni tra la medesima e il garante e, al più indirettamente, avrebbe confermato la sua qualità di unica garantita dalla fideiussione". In aggiunta a tali condivisibili argomentazioni, si deve aggiungere che:

dalla decisione della Sez. IV del Consiglio di Stato n. 8265/2006, richiamata dalla controinteressata a sostegno delle proprie deduzioni, non si desumono argomenti contrari, in quanto non ricorre l'eadem ratio rispetto alla situazione che ha indotto la Sez. IV ad affermare l'obbligatorietà dell'autentica notarile. Infatti, in quella vicenda il bando di gara richiedeva l'autentica notarile della firma del funzionario che sottoscriveva per il fideiussore; una delle imprese partecipanti aveva presentato una polizza fideiussoria costituita da due fogli separati, non uniti fra loro da timbri di congiunzione, ma solo da spilli metallici, di cui uno costituente il contratto principale (e in esso la firma del fideiussore era autenticata), l'altro un allegato contenente condizioni integrative essenziali al contratto-base (e in tale allegato la firma del fideiussore non era autenticata e inoltre non era nemmeno richiamato con sufficiente precisione il contratto principale). Come si vede, nel caso di specie non ricorre un'analogia situazione, non essendo in discussione la presenza dell'autentica notarile della firma del funzionario che ha sottoscritto la polizza fideiussoria presentata in sede di gara dalla società ricorrente;

la clausola del bando non doveva essere impugnata immediatamente, non essendo una clausola c.d. espulsiva (Adunanza Plenaria, decisione n. 1 del 2003).

Anche i motivi aggiunti meritano accoglimento, in quanto:

da un lato, non si comprende in che cosa consista l'asserita divergenza fra importo in cifre ed importo in lettere riscontrato dal Project Manager nell'offerta presentata dalla ricorrente, visto che l'importo è esattamente lo stesso (ribasso del 28,599 per cento); dall'altro lato, è irrilevante che l'importo in cifre non fosse seguito dall'indicazione "per cento", trattandosi di mero errore materiale del sottoscrittore dell'offerta. Peraltro, tutte le offerte dovevano essere espresse in termini di ribasso percentuale sul prezzo a base d'asta, il che, unitamente al fatto che il simbolo "%" era riportato subito dopo l'importo in cifre, non poteva indurre nella stazione appaltante alcuna incertezza sul fatto che la ricorrente aveva offerto un ribasso del 28,599% (e non "per mille" o "per diecimila").

Pertanto, anche l'esclusione della ricorrente disposta a seguito della ripetizione virtuale della gara è illegittima, dal che consegue l'accoglimento del ricorso.

E poiché è risultato per tabulas che l'offerta della ricorrente è la migliore fra quelle ammesse (dal che consegue il titolo di DITTA ALFA ad essere aggiudicataria della gara) e che nelle more non è stato né stipulato né tantomeno eseguito il contratto con la ditta controinteressata (contratto che

comunque risulterebbe caducato, ai sensi dell'art. 246 del D.Lgs. n. 163/2006), ne consegue che l'accoglimento del ricorso soddisfa in forma specifica l'interesse della ricorrente (per cui in questi limiti risulta accolta anche la domanda risarcitoria).

Conclusivamente, il ricorso va accolto, sia per quanto concerne la domanda impugnatoria, sia per quanto riguarda la domanda di risarcimento del danno in f.s.

Sussistono tuttavia giusti motivi per disporre la compensazione delle spese fra le parti costituite.

Sentiti i difensori delle parti costituite in ordine alla possibilità di definire nel merito il presente giudizio con sentenza in forma semplificata, ai sensi degli artt. 3 e 9 della L. 21.7.2000, n. 205.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce – accoglie la domanda impugnatoria e accoglie la domanda di risarcimento in forma specifica.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce, in camera di consiglio, il 28 giugno 2007.

Dott. Antonio Cavallari - Presidente

Dott. Tommaso Capitanio – Estensore

Pubblicata il 5 luglio 2007

N.R.G. «533/2007»