

E' legittima una disposizione del capitolato speciale nella quale venga richiesto che la garanzia provvisoria duri fino all'aggiudicazione definitiva? E' doveroso da parte della Stazione Appaltante escludere l'impresa la cui cauzione provvisoria abbia come scadenza il termine di validità dell'offerta (ovvero di 180 giorni)?

La previsione è legittima e di conseguenza l'esclusione risulta obbligatoria in quanto non può essere accettata la tesi secondo cui il tempo dell'intervenuta aggiudicazione dovrebbe ritenersi coincidente o comunque compreso in quello di validità dell'offerta; e ciò perché, così intesa, la previsione si rivelerebbe in realtà priva di concreta utilità, in quanto meramente riproduttiva del termine ordinario di 180 giorni: l'esigenza della stazione appaltante - riconosciuta proprio dall'invocato art 75 del Codice - di estendere l'efficacia della garanzia fino all'intervento dell'aggiudicazione va inquadrata nell'ipotesi in cui l'impresa concorrente intenda assicurare il mantenimento dell'offerta e, così la connessa garanzia, oltre la scadenza del generale termine di validità; a tal riguardo, non è quindi condivisibile la tesi secondo cui la scadenza dell'offerta farebbe in ogni caso venir meno anche la garanzia fideiussoria, perché se ciò è vero in linea generale (nel senso che la garanzia, per effetto del rapporto di accessoria, cessa di operare al momento della scadenza dell'obbligazione principale), è altrettanto vero che la logica della previsione in esame muove anche nell'ulteriore direzione di garantire la continuità del procedimento di gara nell'ipotesi in cui, pur essendo scaduto il termine di validità dell'offerta, l'impresa intenda comunque mantenerla ferma (scelta ben possibile, essendo la previsione di un limite temporale di efficacia posta a solo presidio della posizione delle imprese partecipanti a non essere vincolate unilateralmente per tempi eccessivi connessi alla celebrazione delle gare);

Merita di essere segnalata la sentenza numero 9666 del 18 ottobre 2007 emessa dal Tar Campania, Napoli

Vediamo prima di tutto i fatti:

<con bando spedito alla G.U.C.E. in data 23 febbraio 2007 il Comune di Caserta indiceva una gara per l'affidamento della fornitura triennale di buoni pasto sostitutivi di mensa al personale dipendente, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

in particolare, il capitolato speciale di appalto all'art. 12 stabiliva che la cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, dovesse essere costituita esclusivamente a mezzo di fideiussione bancaria rilasciata da un istituto di credito o polizza fideiussoria rilasciata da un'impresa di assicurazioni autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni, oppure da un istituto di intermediazione finanziaria inserito nell'elenco speciale di cui all'art. 107; inoltre, la polizza avrebbe dovuto contenere le seguenti clausole: **l'elezione di domicilio – anche speciale- da parte del fideiussore nella giurisdizione della Corte d'Appello ove la fideiussione deve essere prestata; il pagamento a prima richiesta entro quindici giorni dalla stessa senza poter opporre eccezioni; rinuncia al beneficio di preventiva escussione del debitore principale e non eccepibilità della mancata corresponsione del premio; rinuncia al termine di decadenza di cui all'art. 1957, primo comma c.c. >**

il presente giudizio nasce dal fatto che

<la stazione appaltante escludeva l'attuale ricorrente società in quanto la fideiussione bancaria era carente di alcune prescrizioni previste a pena di estromissione e segnatamente mancando la rinuncia al beneficio della preventiva escussione, il pagamento a prima richiesta e l'elezione di domicilio nella giurisdizione della Corte d'Appello ove la fideiussione deve essere prestata;>

la ditta esclusa basa il proprio ricorso sulle seguenti considerazioni:

<deduceva parte ricorrente l'illegittimità dell'esclusione in primo luogo in quanto la stazione appaltante aveva fatto riferimento ad una polizza fideiussoria e non anche ad una fideiussione bancaria

contestava, inoltre, la violazione dell'art. 75 del codice dei contratti che a proposito della garanzia cauzionale imponeva la sola rinuncia al beneficio di preventiva escussione e la clausola a prima richiesta, senza estendersi anche all'obbligo di elezione di domicilio che, del resto, la lex specialis di gara aveva previsto per la sola polizza fideiussoria;

rilevava in secondo luogo che la fideiussione prodotta in sede di gara era del tutto conforme alle prescrizioni del capitolato, senza che si dovesse attribuire alcuna rilevanza all'impiego di specifiche formule sacramentali;

con la terza censura, veniva dedotta l'illegittimità della disposizione di cui all'art. 12 del capitolato ove interpretata come precettiva a pena di esclusione di un obbligo di elezione di domicilio da parte del fideiussore, trattandosi in tal caso di una previsione irrazionale e priva di concreta utilità, anzi idonea unicamente ad aggravare inutilmente il procedimento ed a creare ingiustificate discriminazioni tra le imprese concorrenti circa la scelta del proprio garante, nonché tra operatori del settore assicurativo in ragione della loro ubicazione territoriale;>

ma al di là di questa controversia, il merito della sentenza risulta essere un altro.

Infatti, nelle ricorso delle controinteressate si legge che:

<si costituiva anche la controinteressata concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, tra l'altro proponendo ricorso incidentale: con tale mezzo di impugnazione veniva censurata la condotta della stazione appaltante **nella parte in cui non aveva individuato ulteriori profili di contrarietà della cauzione provvisoria della ricorrente rispetto alla lex specialis di gara:** in particolare,

mancava l'indicazione secondo cui il fideiussore non avrebbe potuto opporre il mancato pagamento del premio ed inoltre la durata della garanzia era stata fissata nella data del 31 ottobre 2007, **ossia al termine di validità dell'offerta e non anche fino al momento dell'aggiudicazione definitiva come espressamente prescritto dal capitolato speciale;** ancora, sarebbe mancata la garanzia di cui all'art. 75, ottavo comma del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e segnatamente l'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria per l'esecuzione nel caso in cui l'offerente risultasse aggiudicatario, prescrizione imposta a pena di esclusione direttamente dalla norma; quanto alle dichiarazioni del legali rappresentanti, si contestava che nelle stesse non era stata dichiarata l'insussistenza delle cause ostative di cui al D.P.C.M. 18 novembre 2005, in parte non coincidenti con quelle di cui all'art. 38 del Codice, adempimento che ai sensi del richiamato decreto, non aveva riguardato nemmeno i sindaci ed il direttore generale;>

ecco che allora l'attenzione dell'adito giudice si sposta necessariamente a verificare queste ultime circostanze che portano a dire che <deve essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per carenza di interesse, attesa la fondatezza del ricorso incidentale>

questo cosa significa?

Significa che la ricorrente, al di là delle doglianze presentate, doveva comunque essere esclusa dalla procedura in quanto:

<invero con il secondo motivo del mezzo di gravame incidentale è **stata contestata la contrarietà alle previsioni del capitolato speciale, e, segnatamente dell'art. 12, della fideiussione prestata**

**dalla società ricorrente, in quanto limitata al solo termine di validità dell'offerta (180 giorni) e non anche fino al momento dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto;**

tale circostanza, del resto incontestata tra le parti, risulta confermata dal contenuto della fideiussione (bancaria presentata dalla ricorrente principale) che aveva limitato l'efficacia della garanzia alla data del 31 ottobre 2007, senza alcun riferimento ulteriore al momento dell'intervento dell'aggiudicazione definitiva, come pure espressamente richiesto dalla disposizione di cui all'art. 12 del capitolato speciale, che non ha costituito oggetto di specifica impugnazione al riguardo;>

.di conseguenza:

<ne discende che la società ricorrente avrebbe comunque dovuto essere esclusa dalla gara per la ragione testè esaminata, per cui alcun interesse residua in capo alla stessa in ordine all'esame delle censure proposte in via principale avverso una esclusione altrimenti non evitabile, nonché dei motivi aggiunti relativi ai successivi provvedimenti di definizione del procedimento e di aggiudicazione in favore della controinteressata>

a cura di Sonia LAzzini

riportiamo qui di seguito la sentenza numero 9666 del 18 ottobre 2007 emessa dal Tar Campania, Napoli

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 1<sup>a</sup> Sezione - ha pronunciato la seguente

#### S E N T E N Z A

sul ricorso n. 3263/07 R.G. proposto da ALFA s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Carlo Iaccarino ed elettivamente domiciliata in Napoli, via San Pasquale a Chiaia n. 55, presso lo studio dell'Avvocato Carlo Iaccarino;

contro

Comune di Caserta in persona del Sindaco p.t. rappresentato e difeso dall'Avvocato Alessandro Silvestri e ed elettivamente domiciliato in Napoli, via Toledo n. 282, presso lo studio dell'Avvocato Severino Nappi;

nonché nei confronti di

BETA s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'Avvocato Armando Profili ed elettivamente domiciliata in Napoli, via Marino Turchi n. 34, presso lo studio dell'Avvocato Armando Profili;

per l'annullamento, previa sospensione

della nota del 21 maggio 2007 n. 47217 con cui il Comune di Caserta ha escluso ALFA s.r.l. dalla gara per l'affidamento del servizio sostitutivo mensa per i dipendenti;  
dell'art. 12 del capitolato nella parte in cui si interpreti nel senso di imporre, a pena di esclusione, che il fideiussore "abbia o elegga domicilio – anche speciale – nella giurisdizione della Corte d'Appello in cui la fideiussione si deve prestare";

di tutti gli atti preordinati, consequenziali o comunque connessi.  
nonché mediante la proposizione di primi motivi aggiunti

del provvedimento di aggiudicazione della procedura in favore dell'ATI BETA s.p.a. – BETA BIS s.p.a.;

del diniego di riammissione alla procedura della società ALFA s.r.l. di cui alla nota prot. 58979 in data 15 giugno 2007, comunicata in data 22 giugno 2007;

nonché mediante la proposizione di secondi motivi aggiunti

del capitolato speciale di appalto nell'ipotesi in cui si dovesse interpretare come prescrittore a pena di esclusione l'utilizzo di formule sacramentali nel rendere la fideiussione e/o la presentazione da parte di ciascun amministratore della dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 3, comma quarto D.Lgs. n. 163/2006;

nonché per

il risarcimento dei danni subiti;

nonché su ricorso incidentale

per l'annullamento del provvedimento di esclusione laddove non prevede che la ricorrente dovesse essere esclusa per altre ragioni.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione di giudizio del Comune di Caserta e della controinteressata;

Visto il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore il Dott. Paolo Corciulo;

Uditi alla camera di consiglio del 26 settembre 2007 gli Avvocati di cui verbale di udienza;

Letto l'art. 9 della legge n. 205/2000;

Rilevato che:

con bando spedito alla G.U.C.E. in data 23 febbraio 2007 il Comune di Caserta indiceva una gara per l'affidamento della fornitura triennale di buoni pasto sostitutivi di mensa al personale dipendente, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

in particolare, il capitolato speciale di appalto all'art. 12 stabiliva che la cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo a base d'asta, dovesse essere costituita esclusivamente a mezzo di fideiussione bancaria rilasciata da un istituto di credito o polizza fideiussoria rilasciata da un'impresa di assicurazioni autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni, oppure da un istituto di intermediazione finanziaria inserito nell'elenco speciale di cui all'art. 107; inoltre, la polizza avrebbe dovuto contenere le seguenti clausole:

l'elezione di domicilio – anche speciale- da parte del fideiussore nella giurisdizione della Corte d'Appello ove la fideiussione deve essere prestata; il pagamento a prima richiesta entro quindici giorni dalla stessa senza poter opporre eccezioni; rinuncia al beneficio di preventiva escussione del debitore principale e non eccezionalità della mancata corresponsione del premio; rinuncia al termine di decadenza di cui all'art. 1957, primo comma c.c.

alla gara partecipava anche la società ALFA s.r.l. che presentava fideiussione bancaria della Banca P. s.p.a. di Genova;

la stazione appaltante tuttavia escludeva la predetta società in quanto, come rilevato dalla nota di comunicazione n. 47217 del 21 maggio 2007, la fideiussione era carente di alcune prescrizioni previste a pena di estromissione e segnatamente mancando la rinuncia al beneficio della preventiva escussione, il pagamento a prima richiesta e l'elezione di domicilio nella giurisdizione della Corte d'Appello ove la fideiussione deve essere prestata;

Rilevato che:

avverso l'esclusione, contro la lex specialis di gara in parte qua proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale la ALFA s.r.l. chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari;

deduceva parte ricorrente l'illegittimità dell'esclusione in primo luogo in quanto la stazione appaltante aveva fatto riferimento ad una polizza fideiussoria e non anche ad una fideiussione bancaria quale quella esibita dalla Banca P. s.p.a.; contestava, inoltre, la violazione dell'art. 75 del codice dei contratti che a proposito della garanzia cauzionale imponeva la sola rinuncia al beneficio di preventiva escussione e la clausola a prima richiesta, senza estendersi anche all'obbligo di elezione di domicilio che, del resto, la lex specialis di gara aveva previsto per la sola polizza fideiussoria; rilevava in secondo luogo che la fideiussione prodotta in sede di gara era del tutto conforme alle prescrizioni del capitolato, senza che si dovesse attribuire alcuna rilevanza all'impiego di specifiche formule sacramentali; con la terza censura, veniva dedotta l'illegittimità della disposizione di cui all'art. 12 del capitolato ove interpretata come precettiva a pena di esclusione di un obbligo di elezione di domicilio da parte del fideiussore, trattandosi in tal caso di una previsione irrazionale e priva di concreta utilità, anzi idonea unicamente ad aggravare inutilmente il procedimento ed a creare ingiustificate discriminazioni tra le imprese concorrenti circa la scelta del proprio garante, nonché tra operatori del settore assicurativo in ragione della loro ubicazione territoriale;

con decreto presidenziale n. 1660/2007 del 6 giugno 2007 si disponeva l'ammissione con riserva della società ricorrente alla gara.

tuttavia, benché il provvedimento fosse stato ricevuto dall'Amministrazione in data 7 giugno 2007 ed avesse costituito in pari data oggetto di espressa richiesta da parte della ALFA s.r.l., con nota n. 58970 del 22 giugno 2007 si rappresentava che non era stato possibile dare corso alla riammissione in quanto la Commissione aveva già proceduto alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche;

avverso tale diniego e contro il provvedimento di aggiudicazione nel frattempo disposto in favore dell'ATI BETA s.p.a.- Qui BETA BIS s.p.a. la società ricorrente proponeva motivi aggiunti di ricorso, chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, oltre al risarcimento del danno;

deduceva la ricorrente l'illegittimità derivata dell'aggiudicazione e di tutti gli atti di gara a valle della sua esclusione, oltre alla violazione del decreto cautelare di questo Tribunale, non essendo stata dimostrata l'impossibilità di esecuzione e comunque costituendo esplicito obbligo della stazione appaltante quantomeno la sospensione del procedimento;

si costituiva in giudizio il Comune di Caserta chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare; la resistente Amministrazione eccepeva altresì l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione attiva, in quanto la società ricorrente non appariva l'effettiva partecipante alla gara; ancora, se ne deduceva la tardività in quanto alla seduta del 27 aprile 2007, nella quale erano stati compiuti rilievi sulla conformità alla lex specialis di gara della cauzione, era presente un rappresentante dell'impresa BETA BIS (ritenuta l'unica partecipante in luogo della ricorrente ALFA s.r.l.) che non aveva avanzato alcun

rilievo o contestazione in proposito; infine si rilevava la tardività di contestazioni rivolte direttamente avverso la *lex specialis* di gara;  
si costituiva anche la controinteressata BETA s.p.a. concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, tra l'altro proponendo ricorso incidentale;  
con tale mezzo di impugnazione veniva censurata la condotta della stazione appaltante nella parte in cui non aveva individuato ulteriori profili di contrarietà della cauzione provvisoria della ricorrente rispetto alla *lex specialis* di gara: in particolare, mancava l'indicazione secondo cui il fideiussore non avrebbe potuto opporre il mancato pagamento del premio ed inoltre la durata della garanzia era stata fissata nella data del 31 ottobre 2007, ossia al termine di validità dell'offerta e non anche fino al momento dell'aggiudicazione definitiva come espressamente prescritto dal capitolato speciale; ancora, sarebbe mancata la garanzia di cui all'art. 75, ottavo comma del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e segnatamente l'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria per l'esecuzione nel caso in cui l'offerente risultasse aggiudicatario, prescrizione imposta a pena di esclusione direttamente dalla norma; quanto alle dichiarazioni dei legali rappresentanti, si contestava che nelle stesse non era stata dichiarata l'insussistenza delle cause ostative di cui al D.P.C.M. 18 novembre 2005, in parte non coincidenti con quelle di cui all'art. 38 del Codice, adempimento che ai sensi del richiamato decreto, non aveva riguardato nemmeno i sindaci ed il direttore generale;  
a seguito del ricorso incidentale la ricorrente con atto notificato in data 24 luglio 2007 proponeva argomentazioni difensive nonché ulteriori motivi di censura riguardo alla disciplina di gara ove da interpretarsi nel senso fatto proprio dalla controinteressata quanto alle modalità di presentazione e costituzione della garanzia fideiussoria;  
Alla camera di consiglio del 26 settembre 2007, fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, il Tribunale, ritenendo sussistenti tutti i presupposti, tratteneva la causa per la decisione di merito;  
Considerato che:

deve essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per carenza di interesse, attesa la fondatezza del ricorso incidentale;  
invero con il secondo motivo del mezzo di gravame incidentale è stata contestata la contrarietà alle previsioni del capitolato speciale, e, segnatamente dell'art. 12, della fideiussione prestata dalla società ricorrente, in quanto limitata al solo termine di validità dell'offerta (180 giorni) e non anche fino al momento dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto;  
tale circostanza, del resto incontestata tra le parti, risulta confermata dal contenuto della fideiussione della Banca P. che aveva limitato l'efficacia della garanzia alla data del 31 ottobre 2007, senza alcun riferimento ulteriore al momento dell'intervento dell'aggiudicazione definitiva, come pure espressamente richiesto dalla disposizione di cui all'art. 12 del capitolato speciale, che non ha costituito oggetto di specifica impugnazione al riguardo;  
né può accedersi all'interpretazione di siffatta disposizione proposta dalla società ricorrente secondo cui il tempo dell'intervenuta aggiudicazione dovrebbe ritenersi coincidente o comunque compreso in quello di validità dell'offerta; e ciò perché, così intesa, la previsione si rivelerebbe in realtà priva di concreta utilità, in quanto meramente riproduttiva del termine ordinario di 180 giorni; inoltre, l'esigenza della stazione appaltante - riconosciuta proprio dall'invocato art 75 del Codice - di estendere l'efficacia della garanzia fino all'intervento dell'aggiudicazione va inquadrata nell'ipotesi in cui l'impresa concorrente intenda assicurare il mantenimento dell'offerta e, così la connessa garanzia, oltre la scadenza del generale termine di validità; a tal riguardo, non è quindi condivisibile la tesi della ALFA s.r.l. secondo cui la scadenza dell'offerta farebbe in ogni caso venir meno anche la garanzia fideiussoria, perché se ciò è vero in linea generale (nel senso che la garanzia, per effetto del rapporto di accessorietà, cessa di operare al momento della scadenza dell'obbligazione principale), è altrettanto vero che la logica della previsione in esame muove anche nell'ulteriore direzione di garantire la continuità del procedimento di gara nell'ipotesi in cui, pur essendo scaduto il termine di validità dell'offerta, l'impresa intenda comunque mantenerla ferma (scelta ben possibile, essendo la previsione di un limite temporale di efficacia posta a solo presidio della posizione delle imprese partecipanti a non essere vincolate unilateralmente per tempi eccessivi connessi alla celebrazione delle gare);

ne discende che la società ricorrente avrebbe comunque dovuto essere esclusa dalla gara per la ragione testè esaminata, per cui alcun interesse residua in capo alla stessa in ordine all'esame delle censure proposte in via principale avverso una esclusione altrimenti non evitabile, nonché dei motivi aggiunti relativi ai successivi provvedimenti di definizione del procedimento e di aggiudicazione in favore della controinteressata;

ne consegue anche il rigetto dell'azione risarcitoria proposta;

sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Prima Sezione

- accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto dichiara l'inammissibilità del ricorso principale e del motivi aggiunti;

- respinge la domanda risarcitoria;

- spese compensate;

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 26 settembre 2007 dai Magistrati

Antonio Guida      Presidente

Paolo Corciulo      Primo Referendario, estensore

Michele Buonauro      Referendario

Il Presidente      L'Estensore