

Il modello di cui al Dm 123/2004 sebbene predisposto solo per gli appalti di lavori, può essere utilizzato, con le apposite modifiche, anche per gli appalti di servizi e forniture

In una polizza provvisoria la dicitura < il Garante si impegna nei confronti della Stazione appaltante, nei limiti della somma garantita, al pagamento delle somme dovute dal Contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla Gara> è comprensiva anche <della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario>: deve dunque escludersi che l'area della riserva attribuita alla stazione appaltante possa superare i confini espressi dalla base normativa che costituisce la correlativa potestà in capo alla pubblica Amministrazione con potenziale possibilità di aggravamento degli oneri a carico dei partecipanti alla gara, potendo all'opposto essere affermato che l'inadempimento cui la garanzia appresta il proprio soccorso coincide in via esclusiva con la mancata sottoscrizione del contratto per fatto riferibile al disvolgere dell'aggiudicatario

Merita di segnalare la sentenza numero 108 del 6 giugno 2007 emessa dal Tar Trentino, Trento per il seguente passaggio in essa contenuto:

Questo è il testo della lex specialis di gara relativamente alla richiesta del contenuto della cauzione provvisoria:

< Si premette, al riguardo, che la clausola in questione, che riguarda la cosiddetta garanzia provvisoria e non la cauzione definitiva, così recita: "Nel caso in cui l'impresa presenti fideiussione bancaria o polizza fideiussoria, le stesse devono essere redatte nel rispetto delle seguenti prescrizioni: (omissis)

- espressa indicazione, a pena di esclusione, di tutte le seguenti clausole:

- a) "il soggetto fideiussore si impegna a risarcire la Provincia Autonoma di Trento in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto addebitabile al soggetto aggiudicatario";
- b) "la garanzia prestata con la presente fideiussione avrà validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta";
- c) "il fideiussore, rinunciando ad avvalersi della facoltà di escussione del debitore principale prevista dal 2° comma dell'art. 1944 del Codice Civile, si impegna a pagare quanto richiesto dalla Provincia a semplice richiesta della stessa, inoltrata tramite lettera raccomandata a.r. e nel termine di 15 giorni dalla richiesta".

Non saranno ammesse polizze fideiussorie o fideiussioni bancarie che contengano clausole attraverso le quali vengano posti oneri di qualsiasi tipo a carico della Provincia Autonoma di Trento>

All'Ati ricorrente la commissione contesta che:

< Al pedissequo rispetto dell'anzidetta previsione si è richiamata la commissione di gara nel disporre l'esclusione del R.T.I. ricorrente, sottolineando l'incisione che la sua mancata testuale riedizione nell'attestazione della prevista garanzia spiegherebbe in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto addebitabile all'aggiudicatario; da ciò, argomentano la resistente e la controinteressata, discenderebbero prevedibili difficoltà in sede di una sua escussione diretta nei confronti del fideiussore>

prima di giudicare favorevolmente le ragioni della ricorrente, l'adito giudice ci ricorda che:

< Al riguardo, osserva, tuttavia, il Collegio che, pur essendo incontrovertibile che la dizione fatta propria dalla lett. a) della ricordata norma della lettera d'invito non sia stata riprodotta negli stessi termini

lessicali nella polizza fideiussoria presentata dall'A.T.I. ricorrente e pur a fronte d'identica carenza quanto alle previsioni delle successive lett. b) e c), vale peraltro rilevare che:

1) quanto al primo impegno figura attestato che si tratta di una "Cauzione per l'adempimento degli oneri ed obblighi derivanti al Contraente dalla sua partecipazione alla gara di cui sopra indetta dalla Stazione appaltante (convenzionalmente) denominata Ente Garantito per l'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori sopra descritti" e che

2) relativamente al secondo è stato indicato un termine di durata diversa, pari a giorni 181, anziché 180 ed una scadenza e, cioè, il 23.4.2007, non richiesta dalla lettera d'invito.

Infine, con riferimento all'assunzione del terzo impegno le condizioni di assicurazione di cui all'art. 2.4 della predetta polizza così recitano: "Pagamento del risarcimento -: " Il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla Società entro il termine massimo di quindici giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta dell'Ente garantito, restando inteso che, ai sensi dell'art. 1944 del Codice civile, la Società non godrà del beneficio della preventiva escussione del Contraente>

Dunque, sulla base di queste considerazioni, secondo il Tar la questione deve essere la seguente:

< Nel quadro sopra richiamato è dunque necessario verificare se, essendosi sottratta a quest'obbligo la commissione di gara, la mancata corrispondenza delle suddette dichiarazioni alle articolate previsioni della lettera d'invito si sia tradotta in una riduzione delle garanzie da apprestare per un appalto di rilevante importanza qual è quello bandito dalla Provincia autonoma alla luce dell'esigenza di una lettura del regolamento di gara fedele, da una parte, alla ratio dallo stesso perseguito, ma, dall'altro, anche ai principi generali di diritto comunitario; questi ultimi privilegiano, infatti, il disboscamiento di preclusioni di carattere meramente formale, individuate come puntuali ostacoli al dispiegarsi della libera concorrenza e dunque dell'ampliamento della partecipazione delle imprese interessate al fine di conseguire l'offerta migliore al prezzo più conveniente per la pubblica Amministrazione. >

attenzione, fa notare il giudice trentino, che:

< posto in evidenza che la polizza fideiussoria è stata pacificamente redatta con riferimento omnicomprensivo ad ogni obbligo scaturente per l'aggiudicatario, utilizzando a tal fine un modello coincidente con quello di una polizza fideiussoria per le cauzioni provvisorie previste in materia di lavori pubblici dal D.M. 123/04. **Ed invero, mancando nel settore degli appalti di forniture una disciplina specifica in tema di cauzione provvisoria, è ragionevole ipotizzare che il visto modello, se deve essere ritenuto pienamente soddisfattivo delle conformi esigenze per altra categoria di appalti pubblici, adempia necessariamente l'identica funzione in materia di provvista di forniture.**>

ma ancora più importante, è sapere che:

< Se il raffronto tra dette comuni esigenze, attuato attraverso la lettura del modello - tipo in materia di appalti di lavori pubblici, si colloca ancora su un piano eminentemente formale non manca la ricorrente di sagacemente puntualizzare che l'art. 1, punto 1.1 di quest'ultimo, nel prescrivere l'oggetto della garanzia, precisa che **"il Garante si impegna nei confronti della Stazione appaltante, nei limiti**

della somma garantita, al pagamento delle somme dovute dal Contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla Gara".

Ancorché la serie degli obblighi ed oneri ivi previsti appaia potenzialmente indeterminata e dunque potenzialmente rimessa all'esercizio della discrezione da parte della stazione appaltante non si può dunque escludere che la **formula contenuta nella polizza fideiussoria copra "la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario"**: il che si traduce dunque nella fedele applicazione di quanto identicamente disposto dall'art. 30 della L. n. 109/1994, che non può che costituire il paradigma di riferimento non solo per la disciplina delle cauzioni provvisorie nelle pubbliche gare per l'affidamento di lavori pubblici, ma anche per le altre procedure ad evidenza pubblica pertinenti i servizi e le forniture, **come ora del resto stabilito all'art. 75 del Codice degli appalti, valevole per qualsiasi tipo d'appalto pubblico.>**

In conclusione quindi:

< In relazione a quanto suesposto il Collegio è conseguentemente dell'avviso che la polizza prodotta dall'A.T.I. ricorrente, che inequivocamente attesta la volontà del fideiussore di obbligarsi al pagamento della somma ivi prevista a favore della Provincia in caso di qualsivoglia inadempimento da parte dell'aggiudicatario attenga in realtà alla sola mancata sottoscrizione del contratto per fatto addebitabile a quest'ultimo e che, quindi, essa sia palesemente conforme a quanto prescritto nella lettera d'invito, atteso che, pur nella diversità del testo a tal fine predisposto, non è stata per tale via ridotta l'area della garanzia da prestarsi, coincidente, come si è visto non con una serie indeterminata di obblighi rispetto ai quali appaia inadeguata quella formula, ma soltanto con quel puntuale inadempimento riconducibile a fatto dell'aggiudicatario>

ma non solo. Vi è di più

< Se dunque appare altrettanto ragionevole ipotizzare che la redazione di un modulo a stampa comporti una necessaria generalizzazione dei contenuti dei precetti e che la sua predisposizione da parte del fideiussore non consenta poi l'inserzione di clausole particolari da parte dei singoli contraenti non per ciò solo è stata ivi pretermessa l'esigenza di quella peculiare e nominata garanzia, quale requisito di serietà dell'offerta da presentarsi da parte di ciascuna impresa o raggruppamento d'impresе partecipanti alla gara. >

a cura di Sonia LAzzini

riportiamo qui di seguito il testo integrale della sentenza numero 108 del 6 giugno 2007 emessa dal Tar Trentino, Trento

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

DEL TRENTINO-ALTO ADIGE - SEDE DI TRENTO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 243 del 2006 proposto da ** S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con *** ITALIA S.p.A. e con SOCIETÀ COSTRUZIONI ** S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Antonio Liroi e Mario Maccaferri ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Trento, Via Grazioli n. 27

CONTRO

la PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO, in persona del Presidente della Giunta provinciale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Daria de Pretis, Nicolò Pedrazzoli e Fernando Spinelli ed elettivamente domiciliata presso il Servizio Legale per gli Affari contenziosi in Trento, Piazza Dante, n. 15

e nei confronti di

- *** S.p.A., in proprio e quale mandataria capogruppo dell'A.T.I. con ** S.p.A., in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nino Paolantonio ed elettivamente domiciliata presso la Segreteria del T.R.G.A. in Trento, Via Calepina n. 50;

- **S.p.A., in persona del legale rappresentate in carica, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della nota del 7 novembre 2006, prot. 8114/15-06 con cui è stata comunicata l'esclusione del R.T.I. * dalla gara d'appalto indetta dalla Provincia per l'affidamento della fornitura e posa in opera della rete radiomobile provinciale; dei verbali della commissione di gara del 2410 e del 3.11.2006. nella parte in cui escludono dalla gara il R.T.I. *, nonché di ogni altro atto o provvedimento antecedente, conseguente o comunque connesso, tra i quali:

ove necessario, la lettera d'invito nella parte in cui, all'art. 4, prescrive "a pena d'esclusione" e senza consentire l'impiego di formule equivalenti o più ampie, di indicare nella polizza fideiussoria da presentare come cauzione provvisoria la seguente clausola: "il soggetto fideiussore si impegna a risarcire la Provincia Autonoma di Trento in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto addebitabile al soggetto aggiudicatario";

ove adottati, il provvedimento d'aggiudicazione provvisoria e definitiva; nonché il verbale di gara n. 520/07, con cui è stata disposta l'aggiudicazione della gara per la fornitura e posa in opera della rete radiomobile provinciale (non noto nei suoi contenuti); della nota 6.2.2007, n. prot. 1353/15/06 di comunicazione della avvenuta aggiudicazione; dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove adottato e di ogni altro atto o provvedimento antecedente, conseguente o comunque connesso

Visto il ricorso con i relativi allegati ed i motivi aggiunti notificati dall'istante;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente e della controinteressata ***S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 19 aprile 2007 - relatore il consigliere Fiorenzo Tomaselli – gli avv.ti Mario Maccaferri e Giancarlo Tanzarella per la ricorrente, l'avv. Daria de Pretis per l'Amministrazione resistente, l'avv. Nino Paolantonio per la controinteressata *** S.p.A. resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

La *S.p.A., associatasi in un R.T.I. con *** Italia e ** Costruzioni, partecipava – giusta lettera d'invito del 1.9.2006 - alla pubblica gara a licitazione privata per l'affidamento della fornitura e posa in opera della rete radiomobile provinciale per un importo a base d'asta di € 9.279.185,45.

La commissione giudicatrice accertava, come emerge dai verbali del 24.10 e 3.11.2006, che la fideiussione presentata dalla predetta A.T.I. a titolo di cauzione provvisoria non sarebbe stata conforme alle prescrizioni di gara, in quanto carente della dichiarazione di cui alla lett. a) del punto 4 della lettera d'invito e ne disponeva, pertanto, l'esclusione.

Nella sua qualità di mandataria del suddetto R.T.I. l'istante ha impugnato con ricorso del 5-12 dicembre 2006 detto provvedimento, unitamente alla comunicazione del 7.11.2006 ed all'aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata, deducendo a sostegno dell'introdotta domanda i seguenti motivi in diritto:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 4 della lettera d'invito, nonché dei principi generali in materia di cauzione provvisoria nelle procedure ad evidenza pubblica. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 6 e 10 della legge 241/90. Eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche, in particolare, per manifesta illogicità; carenza d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto;
- 2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 6 e 10 della Legge 241/90. Eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche, in particolare, per difetto di motivazione, manifesta illogicità; carenza d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto;
- 3) Violazione e falsa applicazione dei principi di par condicio, ragionevolezza, proporzionalità, economicità dell'azione amministrativa, favor per la massima partecipazione alle procedure di gara. Eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche, in particolare per manifesta illogicità, carenza d'istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, falsa causa, sviamento.

Con “motivi aggiunti” del 2-8 marzo 2007 le società ricorrenti impugnavano anche il verbale di gara n. 520/07 del 2.2.2007 e gli atti connessi d'aggiudicazione dell'appalto de quo all'A.T.I. ***S.p.A. e **S.p.A., denunciando l'illegittimità derivata dalle censure relative ai pregressi atti.

Si sono costituiti in giudizio sia l'Amministrazione provinciale che l'A.T.I. aggiudicataria, allegando entrambe l'infondatezza dell'impugnazione e richiedendone nel merito la reiezione.

Alla camera di consiglio dell'11.1.2007 l'istanza cautelare avanzata nel ricorso è stata respinta.

All'udienza pubblica del 19 aprile 2007, precisate dalle parti le rispettive conclusioni, la causa è stata spedita in decisione.

D I R I T T O

Il presente ricorso è volto a conseguire congiuntamente ai proposti motivi aggiunti l'annullamento dell'esclusione dalla gara pronunciata nei confronti dell'istante pertinente l'affidamento della realizzazione della rete radiomobile provinciale, oltre alla successiva aggiudicazione a favore della controinteressata.

Con il primo motivo l'impresa capogruppo *, raggruppata con le altre due società indicate in epigrafe e attiva nel settore delle ***unicazioni, ha denunciato l'errata interpretazione da parte della commissione di gara delle disposizioni di cui al punto 4 a) della lettera d'invito, affermando che la fidejussione prodotta avrebbe un contenuto inequivocabilmente conforme sul piano sostanziale alla dichiarazione da rendersi da parte delle imprese partecipanti e di cui al menzionato punto 4 a) della lettera d'invito.

Con il secondo e terzo motivo la ricorrente deduce, poi, in stretta coerenza con l'anteriore mezzo la violazione del principio della massima partecipazione, posto che sarebbe stato patentemente violato l'interesse pubblico al potenziale ampliamento dell'area delle offerte nelle pubbliche gare, richiamando a tal fine quel noto indirizzo giurisprudenziale, che depotenzia l'altrimenti assorbente rilievo dell'osservanza perentoria ed insuperabile di prescrizioni meramente formali.

Resistono alle dette censure la resistente Provincia autonoma e la controinteressata, che rilevano con dovizia d'argomentazioni che la particolare prescrizione della lettera d'invito sarebbe sottesa all'esigenza di garantire l'agevole escussione della fidejussione bancaria o di polizza fideiussoria che un impegno che ne fosse all'opposto privo non consentirebbe: sarebbe dunque arbitrario a loro avviso relegare la denunciata previsione ad un ruolo meramente formale in presenza di un peculiare fine confluyente con il richiamato interesse pubblico, che sarebbe inevitabilmente frustrato nell'ipotesi nella specie ricorrente.

Ad avviso del Collegio detto ordine d'idee non può essere condiviso ed il ricorso deve essere conseguentemente accolto

Si premette, al riguardo, che la clausola in questione, che riguarda la cosiddetta garanzia provvisoria e non la cauzione definitiva, così recita: "Nel caso in cui l'impresa presenti fidejussione bancaria o polizza fideiussoria, le stesse devono essere redatte nel rispetto delle seguenti prescrizioni: (omissis)

- espressa indicazione, a pena di esclusione, di tutte le seguenti clausole:

- a) "il soggetto fideiussore si impegna a risarcire la Provincia Autonoma di Trento in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto addebitabile al soggetto aggiudicatario";
- b) "la garanzia prestata con la presente fidejussione avrà validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta";
- c) "il fideiussore, rinunciando ad avvalersi della facoltà di escussione del debitore principale prevista dal 2° comma dell'art. 1944 del Codice Civile, si impegna a pagare quanto richiesto dalla Provincia a semplice richiesta della stessa, inoltrata tramite lettera raccomandata a.r. e nel termine di 15 giorni dalla richiesta".

Non saranno ammesse polizze fideiussorie o fideiussioni bancarie che contengano clausole attraverso le quali vengano posti oneri di qualsiasi tipo a carico della Provincia Autonoma di Trento".

Al pedissequo rispetto dell'anzidetta previsione si è richiamata la commissione di gara nel disporre l'esclusione del R.T.I. ricorrente, sottolineando l'incisione che la sua mancata testuale riedizione nell'attestazione della prevista garanzia spiegherebbe in caso di mancata sottoscrizione del contratto per

fatto addebitabile all'aggiudicatario; da ciò, argomentano la resistente e la controinteressata, discenderebbero prevedibili difficoltà in sede di una sua escussione diretta nei confronti del fideiussore.

Al riguardo, osserva, tuttavia, il Collegio che, pur essendo incontroverso che la dizione fatta propria dalla lett. a) della ricordata norma della lettera d'invito non sia stata riprodotta negli stessi termini lessicali nella polizza fideiussoria presentata dall'A.T.I. ricorrente e rilasciata dalla compagnia ** e pur a fronte d'identica carenza quanto alle previsioni delle successive lett. b) e c), vale peraltro rilevare che: 1) quanto al primo impegno figura attestato che si tratta di una "Cauzione per l'adempimento degli oneri ed obblighi derivanti al Contraente dalla sua partecipazione alla gara di cui sopra indetta dalla Stazione appaltante (convenzionalmente) denominata Ente Garantito per l'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori sopra descritti" e che 2) relativamente al secondo è stato indicato un termine di durata diversa, pari a giorni 181, anziché 180 ed una scadenza e, cioè, il 23.4.2007, non richiesta dalla lettera d'invito.

Infine, con riferimento all'assunzione del terzo impegno le condizioni di assicurazione di cui all'art. 2.4 della predetta polizza così recitano: "Pagamento del risarcimento -: " Il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla Società entro il termine massimo di quindici giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta dell'Ente garantito, restando inteso che, ai sensi dell'art. 1944 del Codice civile, la Società non godrà del beneficio della preventiva escussione del Contraente".

Nel quadro sopra richiamato è dunque necessario verificare se, essendosi sottratta a quest'obbligo la commissione di gara, la mancata corrispondenza delle suddette dichiarazioni alle articolate previsioni della lettera d'invito si sia tradotta in una riduzione delle garanzie da apprestare per un appalto di rilevante importanza qual è quello bandito dalla Provincia autonoma alla luce dell'esigenza di una lettura del regolamento di gara fedele, da una parte, alla ratio dallo stesso perseguito, ma, dall'altro, anche ai principi generali di diritto comunitario; questi ultimi privilegiano, infatti, il disboscamento di preclusioni di carattere meramente formale, individuate come puntuali ostacoli al dispiegarsi della libera concorrenza e dunque dell'ampliamento della partecipazione delle imprese interessate al fine di conseguire l'offerta migliore al prezzo più conveniente per la pubblica Amministrazione.

Nell'imprendere la detta verifica deve essere, anzitutto, posto in evidenza che la polizza fideiussoria è stata pacificamente redatta con riferimento omnicomprensivo ad ogni obbligo scaturente per l'aggiudicatario, utilizzando a tal fine un modello coincidente con quello di una polizza fideiussoria per le cauzioni provvisorie previste in materia di lavori pubblici dal D.M. 123/04. Ed invero, mancando nel settore degli appalti di forniture una disciplina specifica in tema di cauzione provvisoria, è ragionevole ipotizzare che il visto modello, se deve essere ritenuto pienamente soddisfacente delle conformi esigenze per altra categoria di appalti pubblici, adempia necessariamente l'identica funzione in materia di provvista di forniture.

Se il raffronto tra dette comuni esigenze, attuato attraverso la lettura del modello - tipo in materia di appalti di lavori pubblici, si colloca ancora su un piano eminentemente formale non manca la ricorrente di sagacemente puntualizzare che l'art. 1, punto 1.1 di quest'ultimo, nel prescrivere l'oggetto della garanzia, precisa che "il Garante si impegna nei confronti della Stazione appaltante, nei limiti della somma garantita, al pagamento delle somme dovute dal Contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla Gara".

Ancorché la serie degli obblighi ed oneri ivi previsti appaia potenzialmente indeterminata e dunque potenzialmente rimessa all'esercizio della discrezione da parte della stazione appaltante non si può dunque escludere che la formula contenuta nella polizza fideiussoria rilasciata dalla società ** copra "la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario": il che si traduce dunque nella fedele applicazione di quanto identicamente disposto dall'art. 30 della L. n. 109/1994, che non può che costituire il paradigma di riferimento non solo per la disciplina delle cauzioni provvisorie nelle pubbliche gare per l'affidamento di lavori pubblici, ma anche per le altre procedure ad evidenza

pubblica pertinenti i servizi e le forniture, come ora del resto stabilito all'art. 75 del Codice degli appalti, valevole per qualsiasi tipo d'appalto pubblico.

Su tale fondamento deve dunque escludersi che l'area della riserva attribuita alla stazione appaltante possa superare i confini espressi dalla base normativa che costituisce la correlativa potestà in capo alla pubblica Amministrazione con potenziale possibilità di aggravamento degli oneri a carico dei partecipanti alla gara, potendo all'opposto essere affermato che l'inadempimento cui la garanzia appresta il proprio soccorso coincide in via esclusiva con la mancata sottoscrizione del contratto per fatto riferibile al disvolgere dell'aggiudicatario.

La conclusione cui è pervenuto il Collegio è rafforzata dal concorrente, ma non secondario rilievo che anche la disciplina provinciale riconduce la cauzione provvisoria alla medesima funzione, conformemente esprimendosi l'art. 34, 3° comma della L.p. 10.9.1993, n. 26, come sostituito dall'art. 23, 15° comma della L.p. 15.12.2004, n. 10, che stabilisce che "Nelle procedure riguardanti lavori d'importo superiore a 300.000 euro, congiuntamente all'offerta deve essere presentata una cauzione, anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa, pari al 5 per cento dell'importo dei lavori a base d'asta. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto imputabile all'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione. La cauzione prestata da chi non è risultato aggiudicatario è restituita subito dopo l'aggiudicazione".

In relazione a quanto suesposto il Collegio è conseguentemente dell'avviso che la polizza prodotta dall'A.T.I. ricorrente, che inequivocamente attesta la volontà del fideiussore di obbligarsi al pagamento della somma ivi prevista a favore della Provincia in caso di qualsivoglia inadempimento da parte dell'aggiudicatario attenga in realtà alla sola mancata sottoscrizione del contratto per fatto addebitabile a quest'ultimo e che, quindi, essa sia palesemente conforme a quanto prescritto nella lettera d'invito, atteso che, pur nella diversità del testo a tal fine predisposto, non è stata per tale via ridotta l'area della garanzia da prestarsi, coincidente, come si è visto non con una serie indeterminata di obblighi rispetto ai quali appaia inadeguata quella formula, ma soltanto con quel puntuale inadempimento riconducibile a fatto dell'aggiudicatario.

Se dunque appare altrettanto ragionevole ipotizzare che la redazione di un modulo a stampa comporti una necessaria generalizzazione dei contenuti dei precetti e che la sua predisposizione da parte del fideiussore non consenta poi l'inserzione di clausole particolari da parte dei singoli contraenti non per ciò solo è stata ivi pretermessa l'esigenza di quella peculiare e nominata garanzia, quale requisito di serietà dell'offerta da presentarsi da parte di ciascuna impresa o raggruppamento d'impresе partecipanti alla gara.

La necessità di una valutazione meno formale e più aderente al dato sostanziale non è stata, peraltro, estranea al *modus operandi* della commissione di gara che, in relazione alle clausole b) e c) del paragrafo 4 della lettera invito, egualmente non integralmente reiterate nella polizza fideiussoria di Allianz - Subalpina, non sono state reputate inaccettabili ai fini dell'ammissibilità dell'offerta.

In presenza di persistenti perplessità, peraltro agevolmente superabili nei termini sopra indicati, ben avrebbe potuto la commissione di gara sollecitare sua sponte un chiarimento da parte della deducete ovvero accettare quello offerto nell'immediato dalla OTE, senza che ciò rappresentasse un'inammissibile integrazione degli obblighi in precedenza assunti.

Resta da ultimo da precisare che, se in altra occasione il Tribunale ha valorizzato la necessità di non trascurare il criterio formale, quale essenziale canone di tutela della par condicio fra le imprese partecipanti (in tal senso cfr. sentenza n. 286 del 2005), la vicenda sopra definita in termini necessariamente sostanziali ben giustifica il diverso orientamento adottato dal Collegio.

In definitiva la richiesta di partecipazione alla gara presentata dal raggruppamento OTE era pianamente suscettibile d'ammissione alla gara, per cui la disposta esclusione deve essere conseguentemente annullata congiuntamente alla successiva aggiudicazione a favore della controinteressata con ogni conseguente obbligo in capo alla stazione appaltante.

5. In conclusione, il ricorso va accolto sotto gli indicati profili, restando così assorbita ogni altra censura - con conseguente annullamento degli atti impugnati.

In relazione alla peculiarità della vicenda trattata le spese di lite, ivi compresi gli onorari di difesa ed i diritti, possono essere integralmente compensate fra le parti in causa.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 243/2006, lo accoglie.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio del 19 aprile 2007, con l'intervento dei Magistrati:

dott. Francesco Mariuzzo - Presidente

dott. Sergio Conti - Consigliere

dott. Fiorenzo Tomaselli - Consigliere estensore

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 6 giugno 2007

Il Segretario Generale

dott. Giovanni Tanel

N. 108/2007 Reg. Sent.

N. 243/2006 Reg. Ric.