

Non tutte le irregolarità nella presentazione delle cauzioni devono per forza compromettere la validità della presentazione dell'offerta

Una polizza fideiussoria è valida anche se non reca l'indicazione del lotto di riferimento e la sottoscrizione della stessa da parte del soggetto che ha partecipato all'incanto

la polizza fideiussoria prodotta consentiva per una pluralità di ragioni di individuare l'oggetto della garanzia: la Compagnia di Assicurazioni garante espressamente ha garantito l'ammontare (euro ventimila/00) della cauzione richiesta per la validità dell'offerta presentata dal soggetto garantito, il debitore principale ha partecipato a quella determinata procedura di vendita e non a caso la domanda è confluita nell'ambito di quel determinato lotto, non consta e non è provato che in contemporanea si siano svolti altri incanti suscettibili di indurre in equivoco per il lotto cui riferire la garanzia._ È poi da escludere che, a causa della mancata indicazione del lotto di riferimento, la fideiussione potesse essere utilizzata in più incanti: infatti, come prevede il disciplinare, il titolo di garanzia andava allegato in originale._e' da rigettare anche il secondo motivo del ricorso relativamente al mancato perfezionamento della garanzia, a norma dell'art. 1936 c.c., perché la polizza fideiussoria non è stata sottoscritta anche dal rappresentante legale della ditta partecipante: A quest'ultimo riguardo merita considerare che, a termini dell'art. 1888 c.c., l'assicuratore è soltanto obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto e, a norma dell'art. 1333 c.c., il contratto che interviene tra il garante (istituto di credito o di assicurazione) ed il beneficiario (la stazione appaltante) si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo._**Conseguentemente, poiché il debitore principale (colui che concorre alla gara di appalto) non è parte necessaria del negozio dal momento che la fideiussione è efficace anche se il debitore non è a conoscenza del contratto, come prevede l'art. 1936 c.c., comma 2), il fatto che nella polizza fideiussoria compaia o meno la sottoscrizione del debitore principale non assume di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia**

merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4651 del 26 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

<Prive di pregio sono invece le doglianze, di cui al secondo mezzo, relative alla validità ed efficacia della fideiussione che non reca l'indicazione del lotto di riferimento e la sottoscrizione della stessa da parte del soggetto che ha partecipato all'incanto.

Relativamente al primo aspetto, va premesso che il disciplinare di gara, al punto 2.1., prescrive che “I partecipanti all'Asta dovranno, a pena di esclusione, costituire a favore della SCIP srl una cauzione dell'Offerta Segreta per un importo pari al 10% del prezzo base d'asta (quale risultante dall'Avviso d'Asta) del Lotto per cui intendono presentare l'Offerta Segreta” e, in ordine alla domanda di partecipazione all'Asta, dispone alla lett. B del punto 3.1.4 che “La prova dell'avvenuta costituzione della cauzione dovrà essere fornita mediante allegazione dell'originale del documento comprovante quanto previsto dal precedente punto 2.1....”

Ebbene, contrariamente a quanto dedotto, la polizza fideiussoria prodotta consentiva per una pluralità di ragioni di individuare l'oggetto della garanzia: la Carige Assicurazioni espressamente ha garantito l'ammontare (euro ventimila/00) della cauzione richiesta per la validità dell'offerta presentata dal soggetto garantito, la Cooperativa Edilizia BETA srl ha partecipato a quella determinata procedura di vendita e non a caso la domanda è confluita nell'ambito di quel determinato lotto, non consta e non è provato che in contemporanea si siano svolti altri incanti suscettibili di indurre in equivoco per il lotto cui riferire la garanzia.

È poi da escludere che, a causa della mancata indicazione del lotto di riferimento, la fideiussione potesse essere utilizzata in più incanti: infatti, come prevede il disciplinare, il titolo di garanzia andava allegato in originale.

Tale motivo va quindi rigettato, unitamente all'altra prospettazione del mancato perfezionamento della garanzia, a norma dell'art. 1936 c.c., perché la polizza fideiussoria non è stata sottoscritta anche dal rappresentante legale della Cooperativa BETA.

A quest'ultimo riguardo merita considerare che, a termini dell'art. 1888 c.c., l'assicuratore è soltanto obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto e, a norma dell'art. 1333 c.c., il contratto che interviene tra il garante (istituto di credito o di assicurazione) ed il beneficiario (la stazione appaltante) si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo.

Conseguentemente, poiché il debitore principale (colui che concorre alla gara di appalto) non è parte necessaria del negozio dal momento che la fideiussione è efficace anche se il debitore non è a conoscenza del contratto, come prevede l'art. 1936 c.c., comma 2), il fatto che nella polizza fideiussoria compaia o meno la sottoscrizione del debitore principale non assume di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia (Cons. St., VI, 28 febbraio 2006, n. 893; Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8).

La cauzione, quindi, è regolare sotto entrambi i profili esaminati>

Si legga anche

La mancata sottoscrizione del debitore principale della cauzione provvisoria non è causa di esclusione

Il fatto che nella polizza fideiussoria non compaia la sottoscrizione del garantito (e maggior ragione di uno dei due componenti del raggruppamento) non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

La causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito ed il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili, il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (art. 1346 e 1418 c.c.). In particolare, la determinazione o determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura del negozio fideiussorio (le cui parti sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive. La recente decisione n. 8/2005 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato chiarisce con nettezza che la questione della sottoscrizione da parte delle imprese associate in un raggruppamento di imprese costituendo non assume valore decisivo alla luce della peculiarità del contratto di fideiussione. Nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di credito) ed il beneficiario (qui la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr. art. 1333 cod.civ.). Il garantito (nella specie l'A.T.I. costituenda) 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.).

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 1930 del 30 ottobre 2008, emessa dal Tar Liguria, Genova

<Parimenti infondato appare il secondo ordine di censure del ricorso principale con cui parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'offerta ati edilizia e costruzioni, e quindi della relativa ammissione in gara, per mancata sottoscrizione della scheda tecnica da parte della banca e non dei beneficiari. In proposito, assume rilevanza dirimente l'adesione all'opinione giurisprudenziale prevalente, richiamata dalla difesa resistente e condivisa dal Collegio, secondo cui la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito ed il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili, il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (art. 1346 e 1418 c.c.). In particolare, la determinazione o determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura del negozio fideiussorio (le cui parti sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. VI, 28 febbraio 2006 , n. 893).

Inoltre, la mancata previsione della eventuale carenza formale, comunque priva di rilevanza sostanziale, non risulta (ragionevolmente) essere stata prevista dalla lex specialis a pena di esclusione.>

Si legga anche Consiglio Stato , sez. VI, 28 febbraio 2006 , n. 893).

Giova ricordare in punto di fatto che la ditta ricorrente ha partecipato alla gara di appalto per l'aggiudicazione di lavori di manutenzione stradale e di aree verdi contenenti implantazioni di piante ed arbusti, da eseguirsi in un comprensorio consortile dei Comuni di Cittaducale e Rieti, classificandosi al secondo posto in ragione della percentuale di ribasso dalla stessa proposta. La detta impresa deduce anche in appello che la ditta Calgea Costruzioni, riuscita aggiudicataria, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato polizza fideiussoria per la cauzione di eventuale mancata sottoscrizione del contratto, sottoscritta dal rappresentante di una sola impresa anziché da tutte quelle che, per intendimento espresso nella stessa domanda di partecipazione, avrebbero dovuto costituire un raggruppamento in A.T.I. con mandato di capogruppo conferito alla Vivai Piante Mazzucchi s.r.l. Sostiene la ricorrente, dopo aver evidenziato il tipo a raggruppamento verticale della sopraindicata riunione di imprese, che la polizza assuntiva della garanzia riferita alla cauzione pari al 2% dell'importo complessivo della gara avrebbe dovuto essere sottoscritta dai rappresentanti di tutte le ditte componenti l'istituendo raggruppamento in osservanza di prescrizioni dettate dall'art. 108 del D.P.R. 21/12/1999 n. 554 (contenente il Regolamento attuativo della legge quadro sui lavori pubblici 11/2/1994 n. 109 e successive modificazioni) e dall'art. 13 della stessa legge n. 109/94. Osserva la parte ricorrente che dette disposizioni, le quali in linea generale impongono la presentazione di garanzie fideiussorie o assicurative da parte della impresa mandataria capo gruppo tale qualificata attraverso un mandato irrevocabile, esigerebbero per le associazioni di tipo verticale (stesso art. 13 l.n. 109/1994 comma 3), ove trattasi di lavori scorporati da eseguirsi da ciascun mandante, il possesso di tutti i requisiti previsti per la categoria dei lavori che si intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. Desume pertanto che nel caso di specie, la polizza assicurativa richiesta dall'art. 8 (lett. b) del bando di gara avrebbe dovuto interessare, in ragione delle rispettive percentuali dei lavori, entrambe le società che avevano espresso l'intento di istituire una A.T.I.

La sottoscrizione di una polizza, quella depositata per la gara, da parte di un solo contraente (la "Vivai Piante Mazzucchi s.n.c.") e non anche dall'altra, la soc. Ca.lgea, non rispetterebbe gli obblighi ricavabili dalle suindicate disposizioni di legge in una con le prescrizioni del bando.

3. I motivi di appello non colgono nel segno.

3.1. Osserva la Sezione che sulla questione di diritto posta dall'appellante è intervenuta la recente decisione n. 8/2005 resa dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio.

In detta decisione si chiarisce con nettezza che la questione della sottoscrizione da parte delle imprese associate in un raggruppamento di imprese costituendo non assume valore decisivo alla luce della peculiarità del contratto di fideiussione.

Nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore.

Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di credito) ed il beneficiario (qui la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr.art. 1333 cod.civ.).

Il garantito (nella specie l'A.T.I. costituenda) 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 (e maggior ragione di uno dei due componenti del raggruppamento) non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

Diversa questione è quella dell'idoneità della polizza fideiussoria in vertenza, siccome intestata alla sola capogruppo designata e non anche alla mandante, a costituire la cauzione provvisoria, richiesta per la partecipazione alla gara.

In proposito, va sottolineato che la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive.

Si tratta quindi di stabilire, quanto al caso di specie, quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria

A questo proposito si osserva che la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

Nell'uno e nell'altro caso, in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associate, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione.

Ebbene, trasferita la questione dal piano formale della necessità della sottoscrizione a quello sostanziale della determinazione dell'oggetto della garanzia, comprensivo anche degli obblighi posti partitamente in capo ad ognuna delle imprese associate, non è dubitabile che nella specie detto requisito sia soddisfatto per effetto delle variazioni apportate in data 28/11/2002 alla polizza originaria nel senso di chiarire che la Vivai Piante Mazzucchi, dichiarava di partecipare alla gara in qualità di impresa capo gruppo con intento costitutivo di una associazione temporanea di impresa. Se a detto elemento si somma la circostanza che la domanda di partecipazione alla gara contenente la offerta era stata sottoscritta da entrambe le imprese impegnatesi a costituire il raggruppamento con mandato di conferimento della rappresentanza ad una di essa, individuata, già in sede di offerta, nella stessa ditta Vivai Piante Mazzucchi ed espressamente qualificata come capogruppo, risulta provato che la fideiussione con polizza rilasciata a favore della impresa capogruppo copriva tutto l'ambito della garanzia pretesa dalla legge in caso di mancata sottoscrizione del contratto, avendo ad oggetto le condotte di entrambi i componenti del raggruppamento costituendo.

La conclusione è a contrario avvalorata dalle considerazioni finali svolte dalla decisione 8/2005 dell'Adunanza Plenaria prima citata ove si è ritenuta decisiva, al fine di sostenere l'assunto dell'inidoneità della garanzia, la considerazione che nella polizza fideiussoria non si facesse riferimento all'essenziale circostanza che, contrariamente a quanto occorso nel caso in esame, l'impresa alla quale la polizza era intestata avesse partecipato all'incanto in qualità di mandataria di una costituenda ATI.

3.2. Non è infine fondato neanche l'ulteriore profilo di gravame con cui viene rilevata la mancanza, nella polizza presentata dalla ditta Vivai Piante Mazzucchi, di una garanzia di durata triennale come previsto dall'art. 13 della legge n. 109/1994.

La Sezione deve convenire con il Primo Giudice che la validità triennale della polizza fideiussoria è ricavabile dal tenore del documento, contenente una clausola apposta a penna e sottoscritta dalla sigla del procuratore della compagnia di assicurazione che l'ha rilasciata. Si aggiunga che la parte manoscritta è convalidata in modo tale da renderla pienamente utilizzabile nel mentre una lettura complessiva dell'atto consente di escludere la ricorrenza di un non sanabile contrasto tra polizza base e sua integrazione sul punto che viene qui in rilievo.

4. L'appello deve essere in definitiva respinto.

Da ultimo

POICHÉ UNA FIDEIUSSIONE È VALIDA ANCHE SE IL GARANTITO NON NE SIA A CONOSCENZA, NON SI PUÒ ESCLUDERE L'IMPRESA

CHE NON HA SOTTOSCRITTO LA PROPRIA GARANZIA PROVVISORIA

E' valida comunque una cauzione provvisoria sprovvista della firma della ditta obbligata?

Viene ribadito da parte appellante l'assunto relativo alla nullità della suddetta garanzia fideiussoria, in quanto sottoscritta dal solo istituto garante e non anche dal titolare dell'impresa contraente. Tale assunto è, peraltro, privo di pregio, alla stregua del pacifico orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8) secondo cui sono parti necessarie del contratto di fidejussione solo il garante ed il beneficiario della garanzia (nella specie, il Comune appaltante), e non anche il garantito (nella specie l'impresa presentatrice dell'offerta), la cui sottoscrizione non concorre pertanto alla formazione né alla validità del contratto, che rimane efficace tra le parti anche nel caso in cui il garantito non ne sia a conoscenza (art. 1936, 2° comma, cod.civ.)._ Né vale, in senso contrario, il richiamo alla circostanza che lo "schema tipo" allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, puntualmente riprodotto nel modulo contrattuale allegato alla domanda di partecipazione alla gara, configuri una struttura contrattuale comportante anche dichiarazioni negoziali di accettazione da parte dell'impresa contraente, trattandosi all'evidenza di elementi aggiuntivi volti a disciplinare i rapporti interni tra garante e garantito ma non tali da condizionare la validità ed efficacia dell'impegno direttamente assunto dal fidejussore nei confronti del beneficiario, né, tanto meno, ad incidere sul contenuto delle obbligazioni solidalmente gravanti ex lege sull'impresa offerente.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 84 del 2 marzo 2007, emessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale

Deve essere esaminato prioritariamente il terzo motivo di appello, la cui eventuale fondatezza, comportando l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado volto ad ottenere l'esclusione dalla gara della ricorrente in via principale, comporterebbe la riforma della sentenza impugnata con declaratoria in rito di inammissibilità dell'originario ricorso per difetto d'interesse, di per sé preclusiva all'esame nel merito dei relativi motivi di gravame, e quindi tale da rendere superflua la disamina dei primi due motivi di appello, volti a contestare la decisione di accoglimento al riguardo resa dal TAR. Il motivo di appello all'esame è tuttavia infondato, con conseguente conferma del capo di sentenza di primo grado che ha rigettato il ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. ALFA Costruzioni.

Giova premettere che in sede di appello viene riproposto solo il primo dei due distinti profili di censura dedotti con il ricorso incidentale di primo grado, essendosi viceversa prestata acquiescenza al capo di decisione con cui il TAR ha disatteso la doglianza relativa alla presunta carenza di potere rappresentativo in capo al funzionario dell'istituto di credito che ha sottoscritto la polizza fideiussoria presentata a titolo di cauzione provvisoria dall'impresa BETA.

Viene invece ribadito da parte appellante l'assunto relativo alla nullità della suddetta garanzia fideiussoria, in quanto sottoscritta dal solo istituto garante e non anche dal titolare dell'impresa contraente. Tale assunto è, peraltro, privo di pregio, alla stregua del pacifico orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8) secondo cui sono parti necessarie del contratto di fidejussione solo il garante ed il beneficiario della garanzia (nella specie, il Comune appaltante), e non anche il garantito (nella specie l'impresa presentatrice dell'offerta), la cui sottoscrizione non concorre pertanto alla formazione né alla validità del contratto, che rimane efficace tra le parti anche nel caso in cui il garantito non ne sia a conoscenza (art. 1936, 2° comma, cod.civ.).

Né vale, in senso contrario, il richiamo alla circostanza che lo “schema tipo” allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, puntualmente riprodotto nel modulo contrattuale allegato alla domanda di partecipazione alla gara, configuri una struttura contrattuale comportante anche dichiarazioni negoziali di accettazione da parte dell’impresa contraente, trattandosi all’evidenza di elementi aggiuntivi volti a disciplinare i rapporti interni tra garante e garantito ma non tali da condizionare la validità ed efficacia dell’impegno direttamente assunto dal fidejussore nei confronti del beneficiario, né, tanto meno, ad incidere sul contenuto delle obbligazioni solidalmente gravanti ex lege sull’impresa offerente.>

A cura di Sonia LAzzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

N.4651/2008

Reg. Dec.

N. 464 Reg. Ric.

Anno 2007

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello iscritto a NRG 464 dell’anno 2007 proposto dalla società ALFA Immobiliare s.r.l., in persona del suo rappresentante legale pro tempore signor Oliviero I., che agisce anche in proprio, rappresentati e difesi dall’avv. Gianfranco Polinari, e con lo stesso domiciliati presso il suo studio in Roma viale Giulio Cesare n. 118;

contro

- la Cooperativa edilizia BETA s.r.l., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Oscar Pierotti e Maurizio Bellucci, e con loro domiciliata elettivamente in Roma, viale Giulio Cesare n. 71;

- la SCIP s.r.l. – Società di Cartolarizzazione Immobili Pubblici, non costituita;

e nei confronti

DB Vincenzo, rappresentato e difeso dall’avvocato Mario Sanino, ed elettivamente domiciliato in Roma presso il suo studio, Viale Parioli n. 180,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II, n. 14324 del 13 dicembre 2006, pronunciata tra le parti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti avanti indicate (società Arca e notaio Bertone);

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 maggio 2008, relatore il Consigliere Vito Carella;

Uditi l'avv. Polinari, l'avv. R. Lavitola su delega dell'avv. Pierotti, l'avv. Sanino e l'avv. Bellucci;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con l'impugnata sentenza, il TAR Lazio ha accolto il ricorso della Cooperativa edilizia BETA s.r.l. per l'annullamento del verbale rep. 29221 del 26 settembre 2006, redatto dal notaio Bertone in qualità di ufficiale rogante dell'asta pubblica e recante aggiudicazione a favore del controinteressato I. (che successivamente ha nominato la società ALFA Immobiliare s.r.l. come acquirente) dell'immobile (lotto n. 58054) sito in Roma, in via A. Ottavini n. 107, con contestuale esclusione della ricorrente da detta gara: l'unità in discorso faceva parte del piano di dismissioni del patrimonio immobiliare pubblico di proprietà della SCIP s.r.l..

In particolare, il primo giudice - richiamato lo svolgimento della gara pubblica per la vendita del lotto in questione, a partire dalla sua pubblicazione, e, previa statuizione della propria giurisdizione, della quale era stato eccepito il difetto - ha riconosciuto la fondatezza della pretesa della cooperativa ricorrente, dal momento che la polizza fideiussoria, considerata priva della indicazione del lotto di riferimento e della sottoscrizione da parte di essa contraente, era del tutto conforme al disciplinare di gara ed al relativo schema allegato, ove è indicata la struttura essenziale della garanzia da prestare ai fini dell'offerta: una volta annullato il contestato verbale di aggiudicazione, il TAR ha riconosciuto il diritto della istante al risarcimento del danno, in forma specifica, vale a dire mediante l'aggiudicazione a suo favore dell'immobile in questione, essendo la sua offerta in gara la migliore.

Hanno appellato la società ALFA e il signor Oliviero I., i quali, unitamente al Notaio Bertone, costituitisi in giudizio, chiedono la riforma della sentenza impugnata, eccependo, in rito, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e, nel merito, la mancata osservanza dell'art. 1936 codice civile, posto che la fideiussione prodotta dalla BETA non precisava il lotto a cui la fideiussione faceva riferimento e non recava la sottoscrizione del legale rappresentante della citata cooperativa.

Con ordinanza n. 1458/2008 sono stati disposti incumbenti istruttori, puntualmente adempiuti dall'Amministrazione referente (fascicolo di primo grado, polizza fideiussoria, verbale notarile).

Nella Camera di Consiglio del 13 marzo 2007, è stata accolta la domanda cautelare degli istanti (ordinanza di questa Sezione n. 1328/2007), in quanto "emergono ragioni tali da indurre a sospendere l'esecutività della sentenza appellata, sia perché le censure formulate in appello appaiono meritevoli di considerazione, sia perché appare opportuno evitare compromissioni della situazione giuridica del bene in attesa della decisione del merito".

All'udienza del 20 maggio 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Nel presente giudizio è controversa asta SCIP srl per la dismissione di una unità immobiliare cartolarizzata e, in particolare, la validità della polizza fideiussoria prodotta dalla cooperativa ricorrente in primo grado a garanzia dell'offerta presentata.

L'appello deve essere respinto e la sentenza va confermata.

2.- Con il primo motivo parte appellante e controinteressata denunziano difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere una questione che impinge propriamente nella sfera privatistica del rapporto di vendita immobiliare e dei requisiti di diritto civilistico della fideiussione contestata.

Questi argomenti vanno disattesi e, di conseguenza, va affermata la giurisdizione amministrativa in considerazione che, nel caso di specie, non viene in rilievo "il contratto", ma "la modalità di presentazione dell'offerta"; inoltre, come da consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio e delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la procedura di vendita di beni immobili, indetta dalla società di cartolarizzazione SCIP, "deve considerarsi strettamente funzionalizzata al perseguimento delle finalità di interesse pubblico" (Cons. St., VI, 18 marzo 2008, n. 1124; Cass. Civ., Sez. Un., 12 marzo 2007, n. 5593; Cons.St., VI, 30 gennaio 2006, n. 308).

3. – Prive di pregio sono invece le doglianze, di cui al secondo mezzo, relative alla validità ed efficacia della fideiussione che non reca l'indicazione del lotto di riferimento e la sottoscrizione della stessa da parte del soggetto che ha partecipato all'incanto.

Relativamente al primo aspetto, va premesso che il disciplinare di gara, al punto 2.1., prescrive che "I partecipanti all'Asta dovranno, a pena di esclusione, costituire a favore della SCIP srl una **cauzione** dell'Offerta Segreta per un importo pari al 10% del prezzo base d'asta (quale risultante dall'Avviso d'Asta) del Lotto per cui intendono presentare l'Offerta Segreta" e, in ordine alla domanda di partecipazione all'Asta, dispone alla lett. B del punto 3.1.4 che "La prova dell'avvenuta costituzione della **cauzione** dovrà essere fornita mediante

allegazione dell'originale del documento comprovante quanto previsto dal precedente punto 2.1....”

Ebbene, contrariamente a quanto dedotto, la polizza fideiussoria prodotta consentiva per una pluralità di ragioni di individuare l'oggetto della garanzia: la Carige Assicurazioni espressamente ha garantito l'ammontare (euro ventimila/00) della **cauzione** richiesta per la validità dell'offerta presentata dal soggetto garantito, la Cooperativa Edilizia BETA srl ha partecipato a quella determinata procedura di vendita e non a caso la domanda è confluita nell'ambito di quel determinato lotto, non consta e non è provato che in contemporanea si siano svolti altri incanti suscettibili di indurre in equivoco per il lotto cui riferire la garanzia.

È poi da escludere che, a causa della mancata indicazione del lotto di riferimento, la fideiussione potesse essere utilizzata in più incanti: infatti, come prevede il disciplinare, il titolo di garanzia andava allegato in originale.

Tale motivo va quindi rigettato, unitamente all'altra prospettazione del mancato perfezionamento della garanzia, a norma dell'art. 1936 c.c., perché la polizza fideiussoria non è stata sottoscritta anche dal rappresentante legale della Cooperativa BETA.

A quest'ultimo riguardo merita considerare che, a termini dell'art. 1888 c.c., l'assicuratore è soltanto obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto e, a norma dell'art. 1333 c.c., il contratto che interviene tra il garante (istituto di credito o di assicurazione) ed il beneficiario (la stazione appaltante) si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo.

Conseguentemente, poiché il debitore principale (colui che concorre alla gara di appalto) non è parte necessaria del negozio dal momento che la fideiussione è efficace anche se il debitore non è a conoscenza del contratto, come prevede l'art. 1936 c.c., comma 2), il fatto che nella polizza fideiussoria compaia o meno la sottoscrizione del debitore principale non assume di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia (Cons. St., VI, 28 febbraio 2006, n. 893; Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8).

La **cauzione**, quindi, è regolare sotto entrambi i profili esaminati.

4.- In conclusione, l'appello va rigettato perché infondato.

Le spese di lite possono essere compensate anche nell'odierno grado, attesa la novità della questione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe e conferma la sentenza gravata.

Compensa le spese di lite relative all'odierno grado.

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

Così deciso in Roma, il 20 maggio 2008, presso la Sede del Consiglio di Stato, Palazzo Spada nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Giovanni Vacirca Presidente

Luigi Maruotti Consigliere

Pier Luigi Lodi Consigliere

Carlo Deodato Consigliere

Vito Carella Consigliere, estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Vito Carella Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 26/9/2008

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa

- -

N.R.G. 464/2007

TRG