

Sulla durata della polizza provvisoria: vale la dicitura delle condizioni generali <fino a liberazione della ditta obbligata>

Illegittima esclusione per il fatto che la polizza fideiussoria provvisoria non fosse conforme alla previsione del bando di gara (appalto di forniture) avendo validità di solo 178 giorni dalla data di presentazione dell'offerta anziché di 180 giorni come invece richiesto.

E' sempre necessario distinguere la durata della polizza fideiussoria da quella relativa alla pattuizione interna

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 2725 del 4 maggio 2004 (conferma del TAR della Liguria del 1° marzo 2003, n. 235/2003) ci offre un importante spunto di riflessione riguardo alla durata "formale" della polizza provvisoria, contenuta nel frontespizio del contratto, rispetto al contenuto delle condizioni generali

Secondo il supremo giudice amministrativo infatti < L'obbligo assunto dalla società assicuratrice di non liberarsi prima della fine della procedura di gara e sino a quando la stazione appaltante avesse ritenuto necessaria la copertura cauzionale, consentiva di riportare il termine indicato ai rapporti fra la compagnia ed il contraente privato, tenuto ad un maggior onere economico per il prolungamento della garanzia a vantaggio della stazione appaltante secondo quanto espressamente richiesto dal bando.>

non solo.

<La reale portata della garanzia idonea ad espletare gli effetti propriamente voluti dall'amministrazione e dal contraente -soltanto in capo al quale rimaneva l'obbligo dei conguagli da determinare in base all'effettiva durata della copertura fideiussoria- vale ad escludere ogni violazione della par condicio e ad attivare l'obbligo dell'amministrazione richiedere i necessari chiarimenti come oramai postula l'applicazione del principio del giusto procedimento, affermato da questo stesso Consiglio in una precedente analogo >

ed ancora:

<La possibilità che l'art. 15, del D.Lgs. n. 358/92 e l'art. 16 del D.Lgs n. 157/95 pone a carico delle amministrazioni di invitare le imprese concorrenti a completare o fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni, rappresenta concreta applicazione e completamento del criterio del giusto procedimento introdotto dell'art. 3 della legge n. 241/90. Criterio la cui violazione ben può essere riconosciuta sintomatica di un comportamento -non necessariamente in mala fede- dell'amministrazione che, in luogo di valutare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni del bando di gara, ha ritenuto fermarsi al contenuto estrinseco e formale del documento recante i requisiti della fideiussione, senza valutare la possibilità di ammettere parimenti la ricorrente alla gara, in ossequio alla regola di maggior concorrenzialità>

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n: 6315/2003, proposto da ***** Azienda speciale tributi della città di Imperia

CONTRO

la ***** s.r.l.
e nei confronti
della ***** s.a.s. non costituita in giudizio.

per l'annullamento

della sentenza del TAR della Liguria del 1° marzo 2003, n. 235/2003 che ha accolto il ricorso avverso il provvedimento con il quale la Commissione di gara ha escluso la ricorrente dalla gara d'appalto per pubblico incanto indetta dall'Azienda per l'affidamento della fornitura e posa in opera degli impianti per affissione; e di ogni altro atto presupposto o conseguente.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dalla ***** s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 20 Gennaio 2004, relatore il Consigliere Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Piergiorgio Alberti per l'appellante e Arturo Meo per delega dell'avv. Maria Teresa Barbantini per l'appellata.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso della ***** s.r.l. contro l'esclusione dalla gara d'appalto per pubblico incanto, indetta dall'Azienda Speciale Tributi della città di Imperia con il bando per l'affidamento della fornitura e posa in opera degli impianti per le affissioni, in esecuzione della delibera del Consiglio di Amministrazione n. 8 del 12 dicembre 2001.

L'esclusione era stata comminata sul rilievo che la polizza fideiussoria di cauzione provvisoria pari a 20.000,00 Euro della Assicurazioni ***** non fosse conforme all'art. 8 del bando avendo validità di centosettantotto giorni invece che centottanta dalla data di presentazione dell'offerta.

Ad avviso del primo giudice, è sempre necessario distinguere la durata della polizza fideiussoria da quella relativa alla pattuizione interna, sia anche quando i termini di durata della polizza coincidano con quelli prescritti dal bando, sia quando ciò avvenga: l'amministrazione procedente non avrebbe potuto omettere di esaminare le condizioni generali di contratto ed escludere, quindi, un concorrente per la sola durata formale della polizza, come ha fatto la Commissione di gara che ha escluso l'appellata ***** sulla base del contenuto letterale del solo frontespizio della polizza, il cui negozio sottostante avrebbe comunque dovuto indurla ad invitare la ricorrente a sciogliere il dubbio sulla durata effettiva del contratto. Tale necessario scrutinio avrebbe, invero, consentito anche di pervenire, cognita causa, allo stesso risultato di esclusione della ricorrente: la variegata modulistica impiegata dagli istituti assicurativi unitamente alla richiamata struttura negoziale complessa della fideiussione non consentivano, tuttavia, di sopravvalutare tout court l'elemento formale della sedes materiae.

Nell'appello proposto avverso la decisione l'AST S.p.A ha ribadito l'eccezione d'inammissibilità del ricorso in mancanza d'impugnativa dell'espressa clausola del bando di gara, che subordinava la validità della garanzia al decorso del termine di centottanta giorni. Ha poi addotto l'infondatezza delle censure accolte dalla decisione impugnata, stante la prestazione di garanzia fideiussoria per un periodo più breve di quello prescritto e data l'irrilevanza degli accordi fra il fideiussore ed il beneficiario del contratto rispetto ai terzi, come deve considerarsi la stazione appaltante. Parimenti irrilevante sarebbe la precisazione in data 5.3.2002 rilasciata dalle Assicurazioni ***** , ove si dà atto che la cauzione provvisoria sarebbe rimasta in essere sino alla svincolo da parte del beneficiario come da art. 1 delle condizioni generali di assicurazione. Al fine di desumere la durata della garanzia, sarebbero infatti inopponibili alla stazione appaltante le pattuizioni interne fra compagnia assicuratrice e impresa concorrente. La sentenza appellata non era poi da condividere sul punto che la commissione di gara avrebbe dovuto chiedere chiarimenti alla ***** , in quanto tale onere può

essere fatto valere per supplire a carenze documentali e non per integrare requisiti carenti nelle condizioni di partecipazione alla gara.

Nel costituirsi in giudizio, la società ***** ha addotto l'infondatezza dell'appello.

DIRITTO

Nell'appello avverso la sentenza in epigrafe che ha accolto il ricorso della ***** s.r.l. -esclusa dall'appalto indetto per la fornitura e posa in opera degli impianti di affissione- l'***** (Azienda Speciale Tributi della città di Imperia) ha ribadito l'eccezione d'inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata impugnativa della clausola del bando che espressamente prescriveva in centottanta giorni la durata della garanzia per la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario mediante fideiussione bancaria o assicurativa in luogo della cauzione provvisoria di ventimila euro.

L'eccezione va disattesa.

Oggetto d'impugnazione non è invero la clausola riportata punto 8 lettera f) VIII periodo del bando di gara, ma l'applicazione che ne ha fatto la Commissione giudicatrice nell'escludere la ***** nel corso delle operazioni di verifica delle offerte: la Commissione ha infatti ritenuto la documentazione della partecipante non in possesso dei requisiti sulla sola base dell'indicazione della decorrenza (dalle ore 24 dell'8 febbraio 2002 sino alle ore 24 dell'8 agosto 2002) riportata nella polizza fideiussoria delle Assicurazioni *****. E ciò senza considerare il contenuto del contratto nel suo insieme oppure chiedere chiarimenti in merito, come previsto in tema di giusto procedimento dall'art. 3 della legge n. 2421/90 nonché dall'art. 15, del D.Lgs. n. 358/92 e dall'art. 16 del D.Lgs n. 157/95.

La riconducibilità della lesione non alla specifica clausola, ma alle modalità seguite dalla Commissione aggiudicatrice nell'interpretarne e nell'applicarne il contenuto, vale a superare la necessità di impugnare direttamente il bando di gara, come ha sostenuto il primo giudice, la cui decisione deve essere confermata in punto di rito.

Le censure al merito della decisione si incentrano per un verso sulla difformità del contenuto della polizza fideiussoria rispetto alle condizioni del bando di gara e, per altro verso, sull'inesistenza di un vero e proprio obbligo dell'amministrazione di chiedere chiarimenti al concorrente sulla documentazione presentata: sotto il primo aspetto sarebbe invalicabile il contenuto facciale della polizza e sotto il secondo sarebbe ravvisabile in calo all'amministrazione una semplice facoltà, il cui mancato avvalimento da parte della Commissione non è suscettibile di inficiarne l'operato.

Gli assunti dell'appellante sono da disattendere sotto ambedue e profili.

È innanzitutto apodittico l'assunto dell'appellante secondo cui le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto di assicurazione -perché riferite ai rapporti interni fra compagnia assicuratrice e impresa concorrente- non possano essere utilizzate al fine di desumere la durata della garanzia esterna sì che il termine del rapporto fideiussorio doveva riportarsi unicamente a quanto enunciato nel frontespizio della polizza.

Va ricordato al proposito che la regola di interpretazione del negozio giuridico comporta l'onere di considerare le clausole del contratto nel loro complesso (art. 1363 c.c.) indagando dell'intenzione reale dei contraenti e valutando il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c.).

Secondo le condizioni generali di assicurazione, riportate sul retro del certificato di assicurazione e richiamate nella descrizione dell'oggetto della polizza, la Società Assicurazioni ***** , fino a

concorrenza del capitale indicato e fino al momento della liberazione della ditta obbligata, si costituiva fideiussore nell'interesse della ditta medesima, per le somme che questa fosse tenuta a corrispondere all'Ente appaltante in virtù degli obblighi derivanti dalla sua partecipazione alla gara di appalto indicata nella polizza. Il periodo di durata stabilito nella polizza aveva rilievo solo con riferimento alla determinazione del premio spettante alla società assicuratrice, nei cui confronti l'assicurato era tenuto a pagare un supplemento di premio qualora la liberazione fosse avvenuta dopo il termine esclusa ogni eccezione nei confronti dell'ente appaltante.

Interpretate secondo un criterio di valutazione in buona fede, le pattuizioni intercorse fra la compagnia assicuratrice e l'impresa partecipante alla gara erano sicuramente suscettibili di garantire l'Ente appaltante per il periodo di tempo indicato nella clausola del bando senza esporlo ad alcuna eccezione da parte della Compagnia, tenuta a rivalersi nei soli confronti del contraente per l'eventuale maggior periodo di validità della fideiussione prestata a copertura assicurativa della cauzione.

La reale portata del rapporto per il periodo richiesto dal bando era del resto confermato anche dalla c.d. "appendice di polizza" datata 5 marzo 2002 e trasmessa all'Amministrazione dal legale della ***** successivamente all'esclusione: in quella sede era meglio specificata la reale durata della garanzia, nei cui confronti appariva doveroso per l'Amministrazione rivalutare la portata "facciale" del frontespizio del documento recante i termini di durata.

È pertanto parimenti indimostrata l'univocità del termine finale di durata della garanzia per la stazione appaltante riportata sul frontespizio della polizza fideiussoria, come anche ha sostenuto l'appellante. L'obbligo assunto dalla società assicuratrice di non liberarsi prima della fine della procedura di gara e sino a quando la stazione appaltante avesse ritenuto necessaria la copertura cauzionale, consentiva di riportare il termine indicato ai rapporti fra la compagnia ed il contraente privato, tenuto ad un maggior onere economico per il prolungamento della garanzia a vantaggio della stazione appaltante secondo quanto espressamente richiesto dal bando.

La reale portata della garanzia idonea ad espletare gli effetti propriamente voluti dall'amministrazione e dal contraente -soltanto in capo al quale rimaneva l'obbligo dei conguagli da determinare in base all'effettiva durata della copertura fideiussoria- vale ad escludere ogni violazione della par condicio e ad attivare l'obbligo dell'amministrazione richiedere i necessari chiarimenti come oramai postula l'applicazione del principio del giusto procedimento, affermato da questo stesso Consiglio in una precedente analogo (Cons. Stato, V, 1 ottobre 2000, n. 5194).

La possibilità che l'art. 15, del D.Lgs. n. 358/92 e l'art. 16 del D.Lgs n. 157/95 pone a carico delle amministrazioni di invitare le imprese concorrenti a completare o fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni, rappresenta concreta applicazione e completamento del criterio del giusto procedimento introdotto dell'art. 3 della legge n. 241/90. Criterio la cui violazione ben può essere riconosciuta sintomatica di un comportamento -non necessariamente in mala fede- dell'amministrazione che, in luogo di valutare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni del bando di gara, ha ritenuto fermarsi al contenuto estrinseco e formale del documento recante i requisiti della fideiussione, senza valutare la possibilità di ammettere parimenti la ricorrente alla gara, in ossequio alla regola di maggior concorrenzialità.

La sentenza di primo grado va conclusivamente confermata e respinto l'appello dell'***** Le spese di giudizio vanno compensate per giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello, confermando la decisione impugnata e compensa fra le parti le spese del presente grado

e nei confronti

della ***** s.a.s. non costituita in giudizio.

per l'annullamento

del provvedimento del 13.02.02 con il quale la Commissione di gara ha escluso la ricorrente dalla gara d'appalto per pubblico incanto indetta dall'Azienda per l'affidamento della fornitura e posa in opera degli impianti per affissione; e di ogni altro atto presupposto o conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 19.12.2002 la relazione del Consigliere M.O. Caputo, e uditi, altresì, l'Avv. Enrico Siboldi e Antonio Montanari per la ricorrente, l'Avv. Andrea Mozzati per delega dell'Avv. Piergiorgio Alberti per l'Amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato quanto segue:

ESPOSIZIONE DEL FATTO

La ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara d'appalto per la fornitura e messa in opera degli impianti per affissione indetta dall'Azienda speciale tributi della città di Imperia, nonché il provvedimento di affidamento dell'appalto alla controinteressata ***** s.a.s.

L'esclusione è stata comminata sul rilievo che la polizza fideiussoria di cauzione provvisoria pari a 20.000,00 euro delle Assicurazioni ***** non fosse conforme alla previsione dell'art. 8 del bando di gara avendo validità di solo 178 giorni dalla data di presentazione dell'offerta anziché di 180 giorni come invece richiesto.

L'impugnazione è affidata ai seguenti motivi:

Violazione del bando di gara; eccesso di potere sotto i diversi profili sintomatici; violazione dell'art. 3 l. n.241 del 1990; violazione degli artt. 15 d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358 e 16 d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157.

Le condizioni generali, riportate sul retro del certificato di assicurazione della polizza fideiussoria, espressamente precisavano che la società di assicurazione si costituiva fideiussore nell'interesse della ditta "fino al momento della liberazione della ditta obbligata".

Nonostante il chiaro tenore delle condizioni contrattuali la Commissione, sulla scorta della lettera del frontespizio della polizza avente ad esclusivo oggetto il calcolo del premio di assicurazione, e, per la differenza del tutto marginale di due giorni rispetto al periodo di copertura richiesto, escludeva la ricorrente dalla gara.

Il provvedimento di esclusione sarebbe pertanto affetto dalla violazione delle norme e dei principi che conformano le procedure concorsuali, non senza dimenticare che l'eventuale discrasia ermeneutica doveva indurre la Commissione ai sensi dell'art. 15 d.lgs. n. 352 /92 e 16 d.lgs. n.157/95, anziché ad adottare l'esclusione, a richiedere chiarimenti.

L'amministrazione si è costituita eccependo l'inammissibilità del ricorso, instando nel merito per la sua infondatezza.

Alla pubblica udienza del 19.12.02 la causa su richiesta delle parti è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La ricorrente è stata esclusa dalla gara di fornitura e messa in opera di impianti per affissione per avere presentato una cauzione provvisoria di validità inferiore al termine minimo richiesto dall'art. 8 del bando di gara.

Nel frontespizio della polizza si individua il termine: decorrenza ore 24 del 8.02.02 e scadenza ore 24 del 8.08.02; dunque una durata complessiva di 178 giorni inferiore a quella (prevista) di 180 giorni decorrente dall'11.02.02.

L'eccezione preliminare argomenta l'inammissibilità sul profilo che la ricorrente è stata esclusa in forza di una perspicua previsione del bando non impugnata: sicchè la comminata esclusione sarebbe atto dovuto, meramente esecutivo, delle *lex specialis* che disciplina la procedura.

L'eccezione è destituita di fondamento.

Le censure muovono da opposta considerazione: la durata della polizza fideiussoria è pienamente ossequiosa del bando poiché avrebbe efficacia per l'amministrazione, soggetto garantito, come espressamente enunciato nell'art. 1 delle condizioni generali di contratto, sino "al momento della liberazione della ditta obbligata".

Nel merito tale conclusione va condivisa.

Sia la ricorrente che l'amministrazione resistente, nelle opposte ed antitetiche conclusioni, condividono in linea di pregiudialità logico giuridica il rilievo squisitamente ermeneutico della controversia.

Per la ricorrente l'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali di cui all'art. 1363 c.c., prime fra tutte quelle contenute nelle condizioni generali, deporrebbe nel senso della durata della polizza oltre il termine enunciato nel frontespizio (cfr. Cons.St., sez. V, 1 ottobre 2001 n. 5194).

Viceversa per l'amministrazione proprio l'inequivoca individuazione del lasso di tempo di durata enunciata nel frontespizio con la precisa indicazione del *dies a quo* e di quello *ad quem* porterebbe ai sensi dell'art. 1362 cc. a ritenere violata la prescrizione del termine minimo di 180 giorni.

Per uscire dall'impasse occorre muovere da una diversa e più rigorosa prospettiva: quella sulla struttura della polizza fideiussoria.

Il contratto in parola atipico dal punto di vista normativo ha acquisito tipicità sociale: l'istituto fideiubente è un'assicurazione che tramite una polizza, in luogo del deposito in numerario, costituisce la garanzia a prima richiesta in favore dell'amministrazione per la durata della procedura di gara.

La struttura negoziale, secondo lo schema teorico del contratto misto del tipo prevalente, è quella della fideiussione: contratto, non corrispettivo, con obbligazioni del solo proponente che si conclude ai sensi dell'art. 1333 c.c. appena la proposta giunge a conoscenza della parte cui è destinata.

La polizza fideiussoria non va pertanto confusa con l'accordo intercorso tra debitore e fideiussore

con cui quest'ultimo riceve un corrispettivo per prestare garanzia.

La distinzione fra i due negozi, l'uno esterno di fideiussione a favore dell'amministrazione garantita, l'altro interno fra partecipante alla gara e assicurazione garante riconducibile al contratto di assicurazione, induce a discernere il contenuto specifico di ciascuno di essi che possono, ed anzi- il più delle volte- sono, unitariamente documentati nella stessa polizza.

In particolare i termini di durata dei rispettivi negozi.

E' quindi necessario distinguere la durata della polizza fideiussoria da quella relativa alla pattuizione interna; anche nel caso in cui i termini di durata possano coincidere.

Nondimeno infatti rimane valida sul piano giuridico concettuale la distinzione: tanto da imporre uno specifico onere in capo all'amministrazione precedente quando esamini la durata della polizza.

Ad esso si è frettolosamente sottratta la Commissione di gara, che sulla base della lettera del solo frontespizio della polizza, omettendo di esaminare le condizioni generali di contratto, ha escluso la ricorrente.

Non solo.

La chiara rappresentazione della struttura negoziale avrebbe comunque dovuto indurre la commissione giudicatrice ad invitare la ricorrente a sciogliere il dubbio sulla durata della polizza.

Onde acquisire elementi utili in grado di consentire di privilegiare la lettera del frontespizio piuttosto che l'art. 1 delle condizioni generali di contratto ove si prevedeva la validità della garanzia "sino al momento della liberazione della ditta obbligata".

Va sottolineato che tale necessario scrutinio avrebbe consentito, in via congetturale, ma cognita causa, di pervenire magari allo stesso risultato di esclusione della ricorrente.

Va infatti rilevato sul piano della sistematica contrattuale che nelle condizioni generali di contratto sono solitamente contenute le prescrizioni relative al (solo) rapporto interno; mentre nella fideiussione sono contenute quelle relative alla garanzia.

Tuttavia l'atipicità del contratto e la variegata modulistica impiegata dagli istituti assicurativi, unitamente alla richiamata struttura negoziale complessa, non consentivano di sopravvalutare tout court l'elemento formale della sedes materiae.

Piuttosto, giova ripetere, tale indice formale doveva essere suffragato da altri riscontri sostanziali deducibili alla stregua dell'accertamento che l'art. 15 d.lgs.n.352/92 demanda alla Commissione esaminatrice.

Il ricorso va pertanto accolto.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sez.2^a, accoglie il ricorso, e per l'effetto, annulla il provvedimento in epigrafe indicato.

Così deciso in Genova nella Camera di Consiglio del 19.12.2002

Depositato in Segreteria il 1 MAR. 2003