

Ancora un parere del giudice amministrativo in tema di impegno del fideiussore, al momento dell'emissione della provvisoria, a rilasciare, in caso di aggiudicazione, la garanzia definitiva.

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 5403 del 12 ottobre 2001 sancisce che è sufficiente che la garanzia provvisoria contenga la prestazione di garanzia con riferimento agli "obblighi e gli oneri derivanti dalla partecipazione della Ditta obbligata alla gara di appalto indetta dall'Ente" in quanto, in tale obbligazione, è implicito il riferimento a quanto sancito dalla Legge 109/94 e s.m.i. (in articolare nella cd Merloni ter: legge 415/98) al secondo comma dell'art. 30 nei confronti dell'aggiudicatario.

a cura di Sonia LAZZINI

## REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2000

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 6423 del 2000, proposto dalla Impresa \*\*\*\*\* s.n.c. di \*\*\*\*\* Filippo & F., in persona dei legali rappresentanti, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Sorace ed elettivamente domiciliata in Roma, via Tudaio n. 38, presso lo studio Raffaele Gullo,

CONTRO

il Comune di Mongiana, non costituito in giudizio,

e nei confronti

della \*\*\*\*\* s.a.s., non costituita,

per l'annullamento

della sentenza n. 510 del 9 maggio 2000, pronunciata tra le parti dal Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sede di Catanzaro;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza n. 4308/2000 con la quale è stata respinta la richiesta di sospensione della esecuzione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il consigliere Corrado Allegretta;

Udito alla pubblica udienza del 3 aprile 2001 l'avv. Sorace;

Visto il dispositivo della decisione n. 183 del 9 aprile 2001;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 20 marzo 1999 l'impresa ricorrente impugnava innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, sede di Catanzaro, gli atti del procedimento della gara con la quale il Comune di Mongiana aveva aggiudicato alla ditta \*\*\*\*\* s.a.s. l'appalto per la realizzazione dei lavori di ristrutturazione della casa comunale, di cui al progetto esecutivo approvato con deliberazione C.C. n. 163 del 26 novembre 1998, nonché l'eventuale deliberazione di approvazione degli atti e di stipulazione del contratto.

L'interessata deduceva violazione dell'art. 30 L. n. 109 del 1994, eccesso di potere per violazione del bando di gara, difetto di istruttoria, sviamento causale, ingiustizia manifesta, contraddittorietà, violazione di legge, con riferimento all'art. 97 della Costituzione, perché le offerte delle ditte concorrenti avrebbero dovuto essere escluse siccome prive della dichiarazione del fideiussore di rilasciare, in caso di aggiudicazione, la ulteriore garanzia del 10% dei lavori, richiesta a pena di esclusione dal bando di gara.

Il Tribunale ha respinto il ricorso con sentenza n. 510 del 9 maggio 2000, per l'annullamento della quale la ricorrente ha avanzato l'appello in esame, riproponendo i motivi dedotti in prime cure e contestando le ragioni sulle quali essa si fonda.

Nessuna delle parti appellate costituitasi in giudizio, la causa è stata riservata per la decisione all'udienza pubblica del 3 aprile 2001.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Non sussiste, invero, nella specie, la dedotta violazione del bando di gara nella parte in cui dispone che la polizza fideiussoria a corredo dell'offerta "dovrà contenere pena esclusione i requisiti di cui all'art. 30 della L. 109/94 da ultimo riformata dalla L.415/98 (Legge Merloni Ter)", vale a dire la dichiarazione di impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risulti aggiudicatario.

Si ritiene sufficiente, infatti, a soddisfare l'onere previsto dalla citata disposizione normativa, ribadito nella clausola del bando, la prestazione di garanzia con riferimento agli "obblighi e gli oneri derivanti dalla partecipazione della Ditta obbligata alla gara di appalto indetta dall'Ente", che si rinviene nelle polizze fideiussorie allegate dalle altre concorrenti alla propria offerta.

Per il suo riferimento agli obblighi ed agli oneri che la legge connette alla partecipazione alla gara e per la sua ampiezza, la formula sopra riferita comprende certamente anche l'obbligo che il secondo comma dell'art. 30 L. 11 febbraio 1994 n. 109 addossa all'aggiudicatario.

Per le considerazioni che precedono, l'appello va, quindi, respinto siccome infondato.

Nulla per le spese in mancanza di costituzione in giudizio delle parti appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Nulla per le spese.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 3 aprile 2001, con l'intervento dei sigg.ri:

Salvatore Rosa	- Presidente,
Pier Giorgio Trovato	- consigliere,
Corrado Allegretta	- consigliere, est.
Claudio Marchitello	- consigliere,
Marco Lipari	- consigliere

L'ESTENSORE

f.to Corrado Allegretta

IL PRESIDENTE

f.to Salvatore Rosa

IL SEGRETARIO

f.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Pier Maria Costarelli

Commento di Sonia LAZZINI

### **Le procure degli agenti di assicurazione**

Dopo le modifiche apportate alla legge quadro dalla Merloni ter (novembre 1998) e il relativo regolamento (D.p.r. 554/99 entrato in vigore il 28.07.2000) rimangono invariati gli obblighi, nell'operatività della cauzione provvisoria, relativi alla mancata costituzione della garanzia definitiva e quelli per mancata sottoscrizione, per fatto dell'aggiudicatario, del relativo contratto di appalto nonché la clausola relativa al beneficio della preventiva escussione (in aggiunta ora è imposto il pagamento a semplice richiesta).

L'espressa previsione contrattuale parla di "obblighi e oneri derivanti dalla partecipazione della ditta obbligata alle procedure di appalto"

Al momento della sottoscrizione della garanzia provvisoria (pari al 2% dell'importo dei lavori), la ditta partecipante deve (è questa la novità) altresì consegnare l'impegno di un fideiussore (normalmente lo

stesso) a sottoscrivere anche la successiva garanzia definitiva (pari al 10% dell'importo aggiudicato salvo gli eventuali ribassi d'asta).

L'importo dell' "esposizione" (il capitale sotto "rischio") deve quindi tener conto di questo ulteriore adempimento.

Che cosa significa quest'ultima affermazione.?

Principalmente due cose:

In precedenza, la garanzia provvisoria era svincolata dalla successiva presentazione della definitiva.

Ovvero si poteva escutere la prima polizza soltanto nel caso in cui la ditta non riusciva a trovare sul mercato una qualsiasi compagnia (o banca) che sottoscrivesse il contratto definitivo.

Questo stava a significare che la prima compagnia non aveva l'obbligo di sottoscrivere anche la definitiva: in realtà nella prassi operativa poteva succedere raramente questa circostanza, ma non era del tutto esclusa.

Ad esempio poteva accadere che, dall'emissione della prima garanzia, all'aggiudicazione con conseguente richiesta di quella definitiva, le condizioni economico finanziaria della ditta avessero un cambiamento peggiorativo, tale da indurre la Compagnia a rifiutare l'ulteriore emissione di garanzia per l'adempimento del contratto di appalto.

A questo punto la ditta poteva tranquillamente rivolgersi ad un altro fideiussore e soltanto nel caso in cui non fosse in grado di trovare sul mercato alcuna disponibilità, allora la stazione appaltante poteva escutere la provvisoria.

Ora il problema si pone in termini diversi:

Potrebbero infatti sorgere equivoci fra l'importo della procura del singolo agente e la somma sotto "rischio" della Compagnia.

Gli agenti di assicurazione che non hanno una procura illimitata da parte della casa madre, devono quindi porre moltissima attenzione agli importi di garanzia.

Bisogna infatti tener presente che nel momento in cui dall'Agenzia esce un contratto per il 2% dell'importo dei lavori a base di gara, in realtà, contemporaneamente, il debito della Compagnia è già pari al 10% dell'importo dei lavori aggiudicati (minimo cinque volte tanto!).

E' accaduto infatti che una Compagnia di Assicurazioni preferisse andare ad escussione sulla provvisoria, piuttosto che emettere la successiva definitiva la quale andava ben al di là dei limiti di procura dell'Agente ma anche delle qualità di affidabilità del contraente (con tutti gli inevitabili disagi per la buona aggiudicazione dell'appalto).

In questo caso, non è assolutamente esclusa la richiesta di risarcimento dei danni (danno emergente e lucro cessante e perdita di chances) da parte della ditta che, è bene ricordarlo, si ritrova ad essere aggiudicataria dell'appalto, senza però poterlo eseguire in quanto l'assicuratore non è più disposto a sostenerla!

Ciò significa che l'assicuratore, al momento della sottoscrizione della polizza provvisoria il cui importo corrisponde al 2% dell'importo totale dei lavori, deve tener conto che il suo impegno futuro, nel caso di aggiudicazione dei lavori da parte della ditta assicurata, si concreterà nel 10% dell'importo degli stessi e dovrà pertanto procedere all'analisi soggettiva dell'appaltatore secondo più "preziosi" parametri di affidabilità.

### Altri pareri espressi dalla giustizia amministrativa

Nella fase di incertezza del diritto immediatamente successiva all'entrata in vigore della Merloni ter (legge 415/98), ci sono state altre (rispetto a quella attuale) varie versioni relative al testo dell'impegno da rilasciare al contraente: in particolare il Tar Puglia-Bari, sez. I - Sentenza 4 aprile 2000 n. 1401 ha enunciato i seguenti principi:

“(omissis)

In conformità della predetta norma il Comune di Bisceglie ha redatto il bando di asta pubblica del 19/3/99 per l'appalto dei lavori di risistemazione di Corso Umberto, richiedendo, tra i documenti di accompagnamento dell'offerta, al punto sub 2), oltre alla cauzione provvisoria di lire 6.580.000 costituita nelle forme di legge, anche "l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva qualora l'offerente risultasse aggiudicatario"; il bando in esame contiene inoltre la previsione per cui "saranno escluse dalla gara le ditte concorrenti che avranno presentato documentazione non conforme alle suindicate prescrizioni o che non avranno rispettato tutte le succitate tassative indicazioni

Rispetto ad un siffatto parametro normativo indubbiamente difforme ed incompatibile appare il contenuto dell'"appendice" alla polizza fideiussoria prodotta dalla ditta aggiudicataria \*\*\*\*\*, nella quale l'assicuratore si impegna a rilasciare garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, aggiungendo però che "la mancata prestazione della cauzione definitiva potrà determinare l'escussione della presente garanzia nei limiti delle somme garantite, con l'esclusione di altre richieste per danni e spese", clausola, quest'ultima, che viene ovviamente ad eludere il contenuto obbligatorio della predetta promessa unilaterale, atipica, ma interessata.

(omissis)

A conferma delle osservazioni che precedono, occorre considerare che, secondo quanto è inferibile dai principi generali, la polizza fideiussoria prodotta dalla ditta controinteressata non sarebbe comunque stata suscettibile di regolarizzazione o di integrazione, atteso che è consentita la regolarizzazione di atti e documenti solo formalmente irregolari, e non già quando sia stato presentato un documento dal contenuto diverso da quello richiesto (in termini Cons.Stato, Sez.V, 2/3/1999, n. 223; Cons.Stato, Sez. VI, 30/1/1992, n. 50; T.A.R. Marche, 4/12/1997, n. 1362) (omissis).”

Non dovrebbero sorgere perplessità sulla possibilità di accompagnare la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa da un impegno a sottoscrivere un'obbligazione futura (cauzione definitiva) da parte della Banca o della Compagnia di Assicurazione.

Problemi invece di carattere interpretativo sorgono nel momento in cui il concorrente opta per le altre forme di costituzione della cauzione; senza quindi ricorrere alla (terza figura rispetto al creditore e al debitore principale) del garante.

Per risolvere questa questione, bisogna andare a leggere attentamente il secondo comma dell'articolo 100 del regolamento che parla di impegno di un fidejussore (e non del precedente fideiussore) verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto o della concessione, lasciando intendere che qualunque forma di presentazione della cauzione provvisoria si sia scelta, resta intesa l'obbligatorietà di presentare una dichiarazione di obblighi futuri da parte del garante dell'adempimento del concorrente.

A questo proposito, di grande interesse ed aiuto, risulta essere la decisione del 15 giugno 2001 numero 3183 del Consiglio di Stato che conferma l'obbligo di munirsi dell'impegno di un fideiussore a sottoscrivere la garanzia definitiva (nei modi e nei termini stabiliti dalla legge), anche nel caso in cui l'offerente abbia optato di offrire la cauzione provvisoria a mezzo di assegno circolare.

“(omissis)

Diritto

1. La questione che costituisce il fulcro di tutte le argomentazioni svolte dalle parti attiene, in sostanza, all'interpretazione giuridicamente più ragionevole che occorre dare alle clausole del bando di gara in questione

Anche il Comune infatti non contesta la prospettazione del giudice di primo grado secondo cui l'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia definitiva deve essere contestuale all'offerta e, quindi, alla prestazione della cauzione provvisoria; infatti, il Comune respinge le censure dell'appellante facendo leva sulla tesi della scarsa chiarezza terminologica del bando e dunque giustificando, ex post, il proprio operato invocando la tutela del principio dell'affidamento, a favore della ditta aggiudicataria, ed il canone della più ampia garanzia di partecipazione alla gara, a tutela dell'interesse pubblico, così come argomentato nella sentenza di primo grado.

2. Ora la lettura del bando, effettuata con la consapevolezza media che è lecito supporre in una ditta usa a partecipare a gare pubbliche, non consente di pervenire alle conclusioni della sentenza di primo grado. Il bando, nel paragrafo B2), Documenti, indica, al punto 2, la "cauzione di cui all'art.30 della legge 11/2/1994 n.109 e successive modificazioni e integrazioni, pari al 2% dei lavori da prestare, anche mediante fidejussione bancaria assicurativa valida per 180 giorni"; e al punto 3) la "dichiarazione di impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al 2° comma dell'art.30 della legge 109/94 e successive modificazioni e integrazioni".

Il testo letterale del bando non solo distingue in modo inequivoco e per punti specificamente separati le due fattispecie (cauzione provvisoria e promessa della cauzione definitiva), ma usa la stessa terminologia della legge. E la funzione distinta ma contestuale che la legge affida alle due tipologie di cauzione è colta molto bene nelle motivazioni della sentenza di primo grado: ora, poiché tale distinzione funzionale è espressa in modo non equivoco anche nel bando in questione, non si comprende dove risieda la asserita oscurità di tale bando.

3. Alla stregua di questa linea ricostruttiva del bando, non ha pregio la tesi secondo la quale tra più interpretazioni possibili occorrerebbe preferire quella che conduce alla più ampia partecipazione possibile alla gara. Nel caso in esame non c'è alcuna incertezza del bando: la sanzione in caso di omissione negli adempimenti documentali è chiaramente determinata dallo stesso bando e consiste nell'esclusione dalla gara.

4. Proprio la corretta interpretazione sistematica della norma de qua, offerta dal giudice di primo grado, consente di considerare non fondato l'appello incidentale proposto dalla ditta contro - interessata. Anche l'appello incidentale confonde l'impegno del fidejussore, contestuale all'offerta, a rilasciare la garanzia definitiva, con la effettiva prestazione di tale garanzia, che deve necessariamente avvenire, per la funzione stessa di tale istituto, solo dopo l'aggiudicazione. La ratio della norma è chiara e ragionevole.

5. Per le argomentazioni svolte in precedenza, va accolto l'appello principale e va respinto l'appello incidentale. Sussistono giusti motivi per compensare le spese."

Ora con la sentenza che ci occupa, questa problematica appare ancora più evidente: attenzione, dicono i giudici di Palazzo Spada, la responsabilità pre contrattuale che impegna il fideiussore cauzioni (polizza provvisoria) è esaustiva di qualsiasi inadempimento, senza nemmeno bisogno di una specifica contrattuale di polizza.

Tale affermazione va inoltre ad avvalorare la tesi secondo la quale, in caso di causa di esclusione (dalle procedure di gara o sopravvenuta incapacità soggettiva a contrarre, fra l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto (possono passare 30 giorni in caso di trattativa privata e 60 nelle altre fattispecie), la stazione appaltante ha tutti i diritti di rivalersi sull'importo provvisorio.