

Una fideiussione è valida anche se dalla documentazione prodotta non risulta pagato il relativo premio in quanto stipulate a beneficio dell'amministrazione appaltante: non è così nelle polizze di responsabilità civile terzi il cui scopo è invece quello di tutelare il patrimonio dell'assicurato

In tema di cauzioni, merita di essere segnalato quanto espresso nella decisione numero 456 del 28 luglio 2006 dal Consiglio Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana:

< Quanto al terzo motivo di appello – volto a confutare l'accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado, per vizi della polizza fideiussoria – perché l'infondatezza del terzo motivo dell'originario ricorso principale consegue al rilievo della validità della fideiussione che pur non indichi il premio dovuto all'atto della stipula, essendo la fideiussione, ex art. 1936 c.c., un contratto bilaterale tra garante e creditore, che è "efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza">

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 26/2006, proposto da

*** ROSARIO s.r.l.e

*** COSTRUZIONI s.r.l.,

in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avv. Pietro De Luca e domiciliate per legge presso la Segreteria di questo C.G.A. in Palermo, via F. Cordova n. 76;

contro

la società I.R.I.T. di *** ANTONIO E *** GIUSEPPE s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con la società *** COSTRUZIONI s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avv.

Nicola Seminara ed elettivamente domiciliate in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso lo studio dell'avv. Pietro Allotta;

e nei confronti

del COMUNE DI SANTA VENERINA, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della Sicilia, Sezione staccata di Catania (sez. IV), n. 2428 del 15 dicembre 2005.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'avv. N. Seminara per le società I.R.I.T. di *** Antonio e *** Giuseppe e *** Costruzioni s.r.l., in proprio e n.q.;

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

Vista l'ordinanza di questo C.G.A. n. 67 del 3 febbraio 2006;

Visto il dispositivo n. 57 del 6 aprile 2006;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore, alla pubblica udienza del 16 marzo 2005, il Consigliere Ermanno de Francisco;

Uditi, altresì, l'avv. P. De Luca per le società appellanti e l'avv. S. Cittadino, su delega dell'avv. N. Seminara, per

le società appellate;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza indicata in epigrafe che ha accolto il ricorso di primo grado dell'odierna parte appellata per l'annullamento dell'aggiudicazione, in favore delle appellanti, della gara per l'affidamento di lavori di riqualificazione, tramite illuminazione artistica della via Vittorio Emanuele e delle piazze comprese, nel Comune di Santa Venerina; nonché del presupposto procedimento di gara, nella parte in cui ivi è stata consentita la presentazione di offerta migliorativa da parte dell'originaria controinteressata, ora appellante, ed in cui sono state ammesse alla gara quest'ultima a.t.i. costituenda ed altre due.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – La sentenza gravata ha accolto i motivi del ricorso principale, respingendo invece quelli del ricorso incidentale.

L'appello, articolato in cinque motivi e teso al totale sovvertimento della sentenza di prime cure, è fondato nei sensi di cui appresso.

2. – Il primo motivo di appello è fondato nel suo profilo di censura che è volto ad ottenere la corretta applicazione dell'art. 77 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827; restando così assorbito quello ulteriore, volto a censurare un asserito vizio di ultrapetizione della sentenza gravata.

Correttamente, invero, il seggio di gara, trovandosi di fronte a più offerte di pari importo tutte potenzialmente idonee, alla stregua delle medie di gara, a conseguire l'aggiudicazione, anziché procedere al sorteggio ha ammesso i presenti – cioè, in punto fatto, le sole imprese associande in questa sede appellanti – alla formulazione di offerte migliorative ai sensi del primo comma del cit. art. 77.

Il Collegio, infatti, ritiene di conformarsi all'orientamento che questo Consiglio ha già espresso con una pluralità di decisioni e che deve, pertanto, ritenersi ormai consolidato: cfr., sul punto, C.G.A., 15 febbraio 2005, n. 61; C.G.A., 8 maggio 2006, n. 182; nonché, da ultimo, C.G.A., 22 giugno 2006, n. 309.

Alla stregua di tale orientamento, l'esperimento del tentativo di miglioria delle offerte, di cui al primo comma del cit. art. 77 del R.D. n. 827/24, va in ogni caso ammesso da parte del seggio di gara, prima che possa procedersi al sorteggio tra le offerte eguali; e ciò anche in presenza di una lex

specialis di gara che indichi nel sorteggio l'unica modalità di scioglimento della parità tra più offerte (cfr., per il caso di specie, il punto 15, lett. d, del bando di gara).

Infatti, un'effettiva e definitiva parità tra le offerte – che è l'unica condizione che normativamente legittima l'affidamento alla sorte della scelta dell'aggiudicatario – deve ritenersi realizzata solo ove non si siano avute, per qualsiasi causa (tranne, ovviamente, il rifiuto del seggio di gara ad ammetterne la formulazione), offerte migliorative, ovvero che queste ultime siano risultate di pari importo tra loro.

Sicché il ricordato meccanismo di cui al primo comma dell'art. 77 deve comunque considerarsi implicitamente richiamato nel bando di gara, tranne il caso (non ricorrente nel caso di specie) che ciò sia espressamente escluso da una specifica previsione del bando stesso (che, in tal caso, presterebbe però il fianco a censure di violazione della normativa primaria testé citata).

Per quanto concerne le argomentazioni di segno contrario tracciate dalla sentenza gravata – con particolare riferimento all'ipotesi che le offerte migliorative travalichino la soglia di anomalia – giova richiamarsi a quanto questo Consiglio ha avuto modo di precisare nelle succitate decisioni, ed in particolare nella più recente di esse.

In tali decisioni si è infatti chiarito – nella premessa che “non è ... necessaria la presenza di tutti i concorrenti classificatisi in parità per procedere all'esperimento migliorativo, stante che l'art. 77 inibisce tale procedura solo ove nessuno di coloro che fecero offerte sia presente, o i presenti non vogliano migliorare l'offerta” – che, da un lato, “va anzitutto rilevato che l'esperimento migliorativo è del tutto compatibile in caso di gare per appalti sopra soglia. In essi il limite di anomalia non determina di per sé alcuna esclusione delle offerte in sospetto di anomalia, imponendo solo la loro verifica intesa ad accertare se il ribasso è giustificato alla stregua degli elementi evidenziati (dopo contraddittorio) dalla ditta interessata”; ma altresì, dall'altro lato, che “la disciplina di cui all'art. 77 del R.D. n. 827/1924 è anche compatibile con la vigente normativa in tema di esclusione delle offerte anomale negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria (art. 21-bis L. 109/1994, recepito dalla L.R. n. 7/2002), avuto particolare riguardo alla concreta possibilità che l'offerta migliorativa si mantenga entro la soglia di anomalia, salvo comunque ed impregiudicato il potere-dovere dell'Amministrazione di procedere a verifica in contraddittorio nel caso in cui l'offerta migliorativa superi la predetta soglia”.

“Se, infatti, è ... vero che, quanto a quest'ultima fattispecie ..., il superamento del limite di anomalia determina ex art. 21 cit. la esclusione dalla gara, ... è altrettanto vero che tale effetto attiene ad un meccanismo convenzionale, che si pone in deroga al principio generale diretto a garantire la libera concorrenza e l'interesse pubblico alla prestazione oggetto dell'appalto alle migliori condizioni di mercato. Sicché il meccanismo, in quanto eccezionale nel sistema e rispetto ai principi comunitari, non può che operare negli stretti limiti in cui è previsto dal legislatore e quindi non può essere applicato nella fase, eventuale ed autonoma, di miglioramento delle offerte recanti eguale ribasso”.

“La conclusione è chiara: ove risultino vincenti offerte migliorative contenute nei limiti della soglia come calcolata dal seggio di gara, l'appalto potrà essere aggiudicato direttamente alla ditta offerente; ove la soglia venga superata sarà invece necessaria la verifica dell'anomalia; solo in difetto di offerte migliorative e, se anomale, in difetto di valida giustificazione, potrà procedersi al sorteggio”.

La spiegazione è agevole: “il fatto che in tal modo possa risultare aggiudicataria una offerta con ribasso maggiore di quello ritenuto anomalo in via automatica e, in ipotesi, di ribassi contenuti in offerte escluse in via automatica nelle fasi ordinarie di gara sotto soglia, trova spiegazione nel carattere convenzionale e formale del calcolo automatico, che è affidato a meccanismi di per sé insoddisfacenti sul piano sostanziale e che non può incidere, oltre gli stretti limiti di legge, sulla applicabilità dei ricordati principi generali a tutela dell'interesse pubblico”.

“Quest'ultima considerazione, circa il carattere convenzionale e formale del calcolo automatico, risulta altresì idonea a confutare la specifica argomentazione svolta dalla sentenza odiernamente gravata d'appello e basata su un'equiparazione tra anomalia automatica dell'offerta (nelle gare sotto

soglia) e limiti insuperabili di ribasso di cui al secondo comma dell'art. 75 e all'ultimo comma dell'art. 76, non potendosi oltrepassare i quali anche ai sensi del cit. art. 77 la sorte decide chi debba essere l'aggiudicatario”.

“Valorizzando il dato meramente convenzionale e contingente che deve ritenersi espresso dalle soglie di anomalia delle offerte (anche e soprattutto nelle gare sotto soglia comunitaria, in cui a esse è correlata l'esclusione automatica delle offerte con ribassi eccedenti), questo Consiglio perviene al risultato interpretativo di ritenere che il loro rilievo assoluto debba intendersi limitato alla sola fase ordinaria della gara, quella in cui si confrontano le offerte delle buste sigillate; mentre, una volta superata tale fase, in assenza di una norma che espressamente conculchi il potere-dovere dell'Amministrazione di effettuare, in concreto e nel contraddittorio della parte la verifica di anomalia dell'offerta, è logico ritenere che la facoltà dell'offerente di migliorare la propria proposta contrattuale, “a partiti segreti o ad estinzione di candela vergine” (ma comunque con l'onere di essere presente al momento dell'apertura delle buste, non dovendosi mai rinviare la gara per tale esperimento), non debba trovare limiti in alcun irrazionale automatismo”.

“È, infatti, insito in ogni gara che si articoli in più fasi eventuali, ciascuna delle quali sia disciplinata da regole almeno in parte diverse (e tali sono senza dubbio quella delle offerte in busta chiusa e quella delle offerte migliorative ex art. 77), che le regole applicabili alle offerte possano essere diverse in ciascuna fase della gara: con il corollario che non c'è niente di sconvolgente nel fatto che l'appalto, previa verifica in concreto di non anomalia, possa essere aggiudicato a un'offerta anche inferiore ad altre che, nella precedente fase e secondo le regole proprie di essa, erano state invece automaticamente escluse”.

“La contraria conclusione, cui è pervenuto il giudice di prime cure, si giustificerebbe solo in forza della prevalenza di un (supposto) principio di esclusione automatica, che fa invece eccezione a quello, più generale, della verificabilità in concreto della (eventuale) anomalia dell'offerta; che non può mai presumersi, al di fuori dei casi tipici in cui la legge espressamente ciò stabilisca”.

Né, infine, potrebbe condividersi l'assunto di una pretesa assoluta immodificabilità delle offerte.

“Infatti, posto che l'interprete deve sempre ricavare i principi dalle norme e non invece desumerli da aprioristiche concezioni dogmatiche, è la stessa esistenza e vigenza nell'ordinamento dell'art. 77 cit. a dimostrare che l'immodificabilità delle offerte concerne solo quelle formulate nelle buste sigillate; ma non anche, invece, quelle migliorativamente proponibili in esito all'apertura delle buste ai sensi di tale ultima disposizione”.

3. – Sono fondati, peraltro, anche gli ulteriori motivi di appello.

3.1. – Quanto al secondo di essi – volto a confutare l'accoglimento del secondo motivo del ricorso di primo grado, per insufficiente qualificazione del raggruppamento aggiudicatario nella categoria prevalente OG 10 – perché l'impresa mandante *** Costruzioni s.r.l., qualificata per categorie diverse, è stata cooptata legittimamente, ex art. 95, comma 4, del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, avendo la mandataria *** Rosario s.r.l. la V classifica in OG 10, ampiamente eccedente rispetto a quella richiesta dal bando di gara (la III).

Circa il contenuto delle dichiarazioni rese in proposito dalle appellanti, risulta sufficiente che esse abbiano espresso l'intenzione di formare un'associazione di tipo orizzontale, solo al cui ambito è riferibile la possibilità di cooptazione di un'impresa qualificata “per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando” (nella pacifica ricorrenza di tutte le condizioni richieste dal cit. comma 4).

3.2. – Quanto al terzo motivo di appello – volto a confutare l'accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado, per vizi della polizza fideiussoria – perché l'infondatezza del terzo motivo dell'originario ricorso principale consegue al rilievo della validità della fideiussione che pur non indichi il premio dovuto all'atto della stipula, essendo la fideiussione, ex art. 1936 c.c., un contratto bilaterale tra garante e creditore, che è “efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza”.

3.3. – Quanto al quarto motivo di appello – volto a confutare l'accoglimento del quarto motivo del ricorso di primo grado, per illegittima ammissione di imprese terze – va detto che esso è

improcedibile, per il sopravvenuto difetto di interesse di controparte all'accoglimento del corrispondente motivo di ricorso originario, che censurava l'ammissione di due ditte con offerte eguali a quella di parte appellante, ma come tali inidonee ad incidere sulla media di aggiudicazione (la cui incisione, ove mai, avrebbe leso anche la parte appellata, essendo la sua offerta uguale a quella dell'appellante): infatti, una volta assodatosi che, per quanto detto, il seggio di gara ha fatto corretta applicazione dell'art. 77 del R.D. n. 827/24 e che tali imprese terze non hanno, invece, formulato offerte migliorative, la loro ammissione o esclusione risulta del tutto neutra ai fini dell'individuazione dell'impresa aggiudicataria (mentre invece, nella prospettiva dell'originaria ricorrente, tale quarto motivo era utile per ottenere l'esclusione di tali imprese terze dall'invocato sorteggio).

3.4. – Sono assorbiti gli ulteriori motivi di appello, ripropositivi del ricorso incidentale di prime cure, dato l'accoglimento dei precedenti.

4. – In conclusione, l'appello va accolto, con conseguente reiezione del ricorso originario.

Si ravvisa, comunque, la sussistenza di giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese del giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso originario.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in

Palermo il 16 marzo 2006 dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Depositata in segreteria il 28 luglio 2006