

Le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto di assicurazione (polizza cauzioni) non possono non essere utilizzate al fine di desumere la durata della garanzia esterna: il periodo di durata stabilito nel frontespizio della polizza ha rilievo solo con riferimento alla determinazione del premio spettante alla società assicuratrice

E' 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 non avvenga

Il Tar Abruzzo, sezione staccata di Pescara con la sentenza numero 696 dell' 8 luglio 2004 si occupa di un ricorso avverso l'avvenuta aggiudicazione di un appalto integrato per aver la vincitrice presentato una polizza fideiussoria provvisoria con validità di giorni 120 e non di giorni 180, come richiesto dal bando di gara.

Tale polizza, inoltre, conteneva la clausola di svincolo automatico ed anticipato del fideiussore in caso di mancata aggiudicazione della gara in capo all'impresa concorrente, mentre in realtà tale garanzia avrebbe dovuto avere validità di 180 giorni dalla presentazione dell'offerta. In tale polizza, infine, non vi era alcun riferimento nè alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, nè al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554

Sulla scia di precedenti decisioni (TAR della Liguria del 1° marzo 2003, n. 235/2003 confermata da Consiglio di Stato, decisione numero 2725 del 4 maggio 2004) anche l'adito giudice abruzzese, conferma che <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, consente 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.

L'adito giudice amministrativo, afferma inoltre che poiché <l'art. 30 della L. 109/94 dispone che la cauzione ai non aggiudicatari debba essere restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione> si può affermare che <una previsione di svincolo automatico in caso di mancata aggiudicazione NON sia idonea a giustificare l'esclusione di un concorrente da una gara.>

Appare inoltre significativo sottolineare che <Quanto, infine, al fatto che in tale polizza non vi era alcun espresso riferimento sia alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, che al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, sembra evidente al Collegio che tale omissione sia priva di rilievo, ove si consideri lo specifico oggetto della polizza ed il suo espresso riferimento alla partecipazione della ditta in parola ad una gara di appalto>

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER L'ABRUZZO - Sezione Staccata di
Pescara
S E N T E N Z A

sul ricorso n. 74/04, proposto dalla società ***** Group s.p.a.
contro

le Poste Italiane s.p.a., in persona del Presidente pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vittorio Biagetti e Marco Spagnuolo, elettivamente domiciliato presso il secondo difensore in Pescara, piazza Duca d'Aosta, 31;

e nei confronti

della società **** Control s.p.a.,

per l'annullamento

degli atti 19-21 gennaio 2004, con i quali la società Poste Italiane s.p.a. ha aggiudicato alla società **** Control s.p.a. la gara indetta per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria dell'ufficio postale di Chieti Centro; nonché degli atti presupposti e connessi, tra cui i verbali di gara;

e per la condanna

della società Poste Italiane al risarcimento dei danni subiti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Poste Italiane s.p.a. e della società **** Control s.p.a. controinteressata;

Viste le ordinanze collegiali 11 marzo 2004, n. 75 e 25 marzo 2004, n. 84, con le quali sono state respinte le domande incidentali di sospensione dei provvedimenti impugnati;

Vista l'ordinanza, V, 14 maggio 2004, n. 2208, con la quale il Consiglio di Stato ha accolto la domanda incidentale di sospensione dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione della gara;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie ragioni;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Udito alla pubblica udienza del 1° luglio 2004 il relatore consigliere Michele Eliantonio e uditi, altresì, l'avv. Giuliano Di Pardo per la parte ricorrente, l'avv. Marco Spagnuolo per la società Poste Italiane s.p.a. e l'avv. Francesco Niccolini – su delega dell'avv. Domenico Mastrangeli – per la società **** Control s.p.a. controinteressata;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

La società Poste Italiane s.p.a. – Polo Immobiliare Abruzzo e Molise con bando di gara del 3 dicembre 2003 ha indetto un pubblico incanto per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria dell'ufficio postale di Chieti Centro, da aggiudicarsi, in conformità a quanto previsto dal comma 1, lett. b), dell'art. 21 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, con il criterio del massimo ribasso percentuale sul prezzo offerto.

Poiché sia la società **** Group s.p.a., che la società **** Control s.p.a. si erano classificate entrambe prime in graduatoria per avere praticato un identico ribasso percentuale, pari al 15,679%, si è proceduto al sorteggio tra tali due imprese, all'esito del quale è stata disposta l'aggiudicazione

della gara a favore della società ***** Control.

Con il ricorso in esame la società ***** Group è insorta dinanzi questo Tribunale avverso tale aggiudicazione, deducendo le censure di violazione dell'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, dell'art. 100 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e del punto n. 8 del bando di gara e di eccesso di potere per diversi profili.

Ha in merito rilevato che la polizza fideiussoria presentata dalla società ***** Control aveva una validità di giorni 120 e non di giorni 180, come richiesto dal bando di gara. Tale polizza, inoltre, conteneva la clausola di svincolo automatico ed anticipato del fideiussore in caso di mancata aggiudicazione della gara in capo all'impresa concorrente, mentre in realtà tale garanzia avrebbe dovuto avere validità di 180 giorni dalla presentazione dell'offerta. In tale polizza, infine, non vi era alcun riferimento nè alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, nè al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

La ricorrente ha, inoltre, chiesto la condanna della società Poste Italiane al risarcimento dei danni subiti.

Avendo successivamente acquisito copia del verbale di aggiudicazione definitiva, ha riproposto tali doglianze con atto notificato il 1° marzo 2004 e depositato il 6 marzo successivo.

Con atto notificato il 16 marzo 2004 e depositato il 19 marzo successivo ha, infine, dedotto il motivo integrativo di violazione dell'art. 77 del R.D. 23 maggio 1924, n. 77, del bando e del disciplinare di gara, dell'art. 21, I comma, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, dell'art. 90 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, e di eccesso di potere per ingiustizia manifesta, per travisamento dei fatti e per errore nei presupposti.

Ha rilevato di aver presentato l'offerta di € 422.521,35, mentre la controinteressata ***** Control aveva presentato l'offerta di € 422.522,67; conseguentemente, non trattandosi di "offerte uguali", la società Poste Italiane non avrebbe potuto procedere al sorteggio, ma avrebbe dovuto aggiudicare la gara alla ricorrente. L'offerta della ***** Control non è stata contrassegnata ed autenticata foglio per foglio, nè è stata confermata espressamente la correzione apposta sull'ultima pagina.

Tali doglianze la parte ricorrente ha ulteriormente illustrato con memoria depositata il 18 giugno 2004.

La società Poste Italiane si è costituita in giudizio e con memorie depositate il 3 marzo e l'11 giugno 2004 ha diffusamente confutato il fondamento delle censure dedotte.

Si è anche costituita in giudizio la società ***** Control s.p.a. controinteressata, che con memorie depositate il 26 febbraio, il 25 marzo ed il 9 giugno 2004 ha pregiudizialmente eccepito la nullità del primo gravame in ragione della mancata indicazione degli atti impugnati e l'irricevibilità delle successive impugnative per essere la ricorrente a conoscenza dei vizi denunciati fin dal momento della notifica del ricorso originario. Nel merito ha difeso la legittimità degli atti impugnati.

Alla pubblica udienza del 1° luglio 2004 la causa è stata introitata a decisione.

DIRITTO

1. - Il ricorso in esame, come sopra esposto in narrativa, ha per oggetto l'atto con il quale la società Poste Italiane s.p.a. ha aggiudicato alla società ***** Control s.p.a. la gara indetta per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria dell'ufficio postale di Chieti Centro.

Con bando di gara del 3 dicembre 2003, che deve subito precisarsi non è stato oggetto di alcuna impugnativa, la società Poste Italiane s.p.a. ha, invero, indetto un pubblico incanto da aggiudicarsi, in conformità a quanto previsto dal comma 1, lett. b), dell'art. 21 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, con il criterio del massimo ribasso percentuale sul prezzo offerto.

Poiché sia la società ***** Group s.p.a., che la società ***** Control s.p.a. si erano classificate entrambe prime in graduatoria per avere praticato un identico ribasso percentuale, pari al 15,679%, si è proceduto al sorteggio tra tali due imprese, all'esito del quale è stata disposta l'aggiudicazione della gara a favore della società ***** Control.

Con il gravame così come originariamente proposto e con i motivi integrativi, successivamente notificati, la ricorrente per un verso si è lamentata del fatto che la società ***** Control, poi risultata aggiudicataria, avrebbe dovuto in realtà essere esclusa dalla gara e per altro verso ha contestato la legittimità del ricorso al sorteggio, in relazione al fatto che non erano state presentate due "offerte uguali".

(...)

3. - Così risolto l'esame delle eccezioni di rito, può utilmente passarsi all'esame del merito del gravame.

Deve sul punto innanzi tutto precisarsi che – come è noto (Cons. St., VI, 5 settembre 2002, n. 4487) – spetta al giudice amministrativo di individuare l'ordine di esame dei motivi dedotti dal ricorrente sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra gli stessi esistente sul piano logico-giuridico, per cui il Collegio ritiene di non dover accogliere la richiesta della parte ricorrente, formulata alla pubblica udienza del 1° luglio 2004 di esaminare in via pregiudiziale la prima delle censure dedotte con i motivi integrativi.

Seguendo un corretto ordine logico non possono, invero, non essere esaminate per prime le censure proposte con il ricorso originario e con le quali la parte ricorrente, nel dedurre le censure di violazione dell'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, dell'art. 100 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e del punto n. 8 del bando di gara e di eccesso di potere per diversi profili, si è lamentata nella sostanza del fatto che la società ***** Control, poi risultata vincitrice della gara, non avrebbe dovuto in realtà essere ammessa alla gara in ragione del fatto che la polizza fideiussoria presentata non era conforme alle previsioni del bando.

In particolare, l'istante si è lamentata delle seguenti circostanze:

a) che tale polizza aveva una validità di giorni 120 e non di giorni 180, come richiesto dal bando di gara;

b) che tale polizza conteneva la clausola di svincolo automatico ed anticipato del fideiussore in caso di mancata aggiudicazione della gara in capo all'impresa concorrente, mentre in realtà tale garanzia avrebbe dovuto avere validità di 180 giorni dalla presentazione dell'offerta;

c) che in tale polizza, infine, non vi era alcun riferimento nè alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, nè al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

Tali doglianze, deve subito precisarsi, sono tutte prive di pregio.

Come è noto l'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, così come modificato ed integrato da ultimo con l'art. 7, della L. 1° agosto 2002, n. 166, dispone che la domanda di partecipazione ad una gara per l'affidamento dell'esecuzione di lavori pubblici debba essere corredata da una cauzione provvisoria, da prestarsi anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa e

dall'impegno del fideiussore a rilasciare l'ulteriore garanzia, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario. E tale cauzione, che copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

L'art. 100 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, contenente il relativo regolamento della c.d. legge Merloni, così poi dispone testualmente ai suoi due commi:

"1. La cauzione provvisoria prevista dall'art. 30, comma 1, della legge può essere costituita a scelta dell'offerente in contanti o in titoli del debito pubblico o garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una Sezione di Tesoreria Provinciale o presso le aziende di credito autorizzate a titolo di pegno a favore delle stazioni appaltanti. La cauzione può essere costituita, sempre a scelta dell'offerente anche mediante fideiussione bancaria ovvero mediante polizza assicurativa fideiussoria con clausola di pagamento a semplice richiesta.

2. La cauzione provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno di un fideiussore verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto e della concessione".

Il punto n. 8 del bando di gara – deve infine ricordarsi – ha fissato l'importo della cauzione provvisoria e, nel ricalcare nella sostanza quanto previsto in ordine a tale aspetto dalla normativa sopra richiamata, ha disposto che tale cauzione dovesse essere costituita secondo le modalità di cui al punto 6.1 del disciplinare di gara. Tale disciplinare, a sua volta, ha imposto – per la parte che qui interessa – che tale cauzione dovesse avere una validità non inferiore a 180 giorni dalla data stabilita per la presentazione dell'offerta, dovesse contenere l'espressa rinuncia alla preventiva escussione del debitore e dovesse essere accompagnata, a pena di esclusione, dall'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva in caso di aggiudicazione.

Ciò posto, deve in punto di fatto rilevarsi che dall'esame degli atti si evince che la polizza fideiussoria di cauzione provvisoria della Assicurazioni ***** aveva decorrenza dal 19 gennaio al 19 giugno 2004, per cui sembrerebbe avere una validità di centocinquanta giorni invece che di centottanta dalla data di presentazione dell'offerta; inoltre, conteneva all'art. 2 delle condizioni generali di assicurazione la previsione di liberazione della società assicuratrice in caso di mancata aggiudicazione dell'appalto.

Ad avviso della ricorrente tali circostanze avrebbero imposto alla Stazione appaltante di escludere la società ***** Control dalla gara, in ragione del mancato rispetto delle predette prescrizioni imposte dal bando e dal disciplinare di gara.

La Sezione non ritiene di poter condividere tale conclusione.

Ai fini del decidere deve, invero, partirsi dal rilievo che - così come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa - 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 non avvenga; l'Amministrazione procedente non può, infatti, di certo omettere di esaminare le condizioni generali di contratto ed escludere, quindi, un concorrente per la sola durata formale della polizza.

Orbene, esaminando una fattispecie identica quella ora all'esame, relativa alle condizioni generali di assicurazione riportate a tergo delle polizze fideiussorie di cauzione provvisoria delle Assicurazioni *****, il Giudice di appello (cfr. Cons. St., V, 4 maggio 2004, n. 2725) ha già avuto modo di precisare innanzi tutto che le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto di assicurazione non possono non essere utilizzate al fine di desumere la durata della garanzia esterna; per cui il termine del rapporto fideiussorio non deve riportarsi unicamente a quanto enunciato nel

frontespizio della polizza e ciò in quanto la regola di interpretazione del negozio giuridico comporta l'onere di considerare le clausole del contratto nel loro complesso (art. 1363 c.c.), indagando l'intenzione reale dei contraenti e valutando il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c.).

Inoltre, da una attenta lettura di condizioni generali di assicurazione, riportate sul retro del certificato di assicurazione e richiamate nella descrizione dell'oggetto della polizza, si è già rilevato che con tali polizze la Società Assicurazioni *****, fino a concorrenza del capitale indicato e fino al momento della liberazione della ditta obbligata, si costituisce fideiussore nell'interesse della ditta medesima, per le somme che questa è tenuta a corrispondere all'Ente appaltante in virtù degli obblighi derivanti dalla sua partecipazione alla gara di appalto indicata nella polizza; mentre il periodo di durata stabilito nel frontespizio della polizza ha rilievo solo con riferimento alla determinazione del premio spettante alla società assicuratrice, nei cui confronti l'assicurato è tenuto a pagare un supplemento di premio nel caso in cui la liberazione avvenga dopo il termine ... esclusa ogni eccezione nei confronti dell'ente appaltante.

Da tali conclusioni cui il Giudice di appello è pervenuto esaminando fattispecie identica a quella ora all'esame il Collegio non rinviene motivi per discostarsi, per cui deve concludersi che tali pattuizioni intercorse fra la compagnia assicuratrice e l'impresa partecipante alla gara, interpretate secondo un criterio di valutazione in buona fede, sono 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.

In definitiva, 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, consente di rapportare 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 in definitiva ad escludere che tale polizza avesse una durata per un numero di giorni inferiori a quelli previsti dal bando di gara; per cui deve ritenersi priva di pregio la doglianza sopra indicata alla lettera a).

Da un'attenta lettura di tali clausole si rileva, inoltre, che, contrariamente a quanto ipotizzato dalla ricorrente in relazione alla doglianza sopra esposta alla lettera b), tale polizza non conteneva in realtà una clausola di svincolo automatico ed anticipato del fideiussore in caso di mancata aggiudicazione della gara in capo all'impresa concorrente, ma si limitava a sancire il principio secondo il quale nell'ipotesi di mancata aggiudicazione il premio sarebbe stato acquisito in ogni caso dalla Compagnia.

In ogni caso, deve rilevarsi che l'art. 30 della L. 109/94 dispone che la cauzione ai non aggiudicatari debba essere restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione; per cui non sembra che una previsione di svincolo automatico in caso di mancata aggiudicazione sia idonea a giustificare l'esclusione di un concorrente da una gara.

Quanto, infine, al fatto che in tale polizza non vi era alcun espresso riferimento sia alla L. 11 febbraio 1994, n. 109, che al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, sembra evidente al Collegio che tale omissione sia priva di rilievo, ove si consideri lo specifico oggetto della polizza ed il suo espresso riferimento alla partecipazione della ditta in parola ad una gara di appalto.

(..)

6. - Alla luce delle suesposte considerazioni in ricorso in esame deve, pertanto, essere respinto.
Sussistono, per concludere, giuste ragioni per disporre la totale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, respinge il ricorso specificato in epigrafe.

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del 1° luglio 2004.

Pubblicata mediante deposito il 08.07.2004