

La mancata presentazione, entro i termini previsti dal bando, della documentazione idonea a dimostrare la costituzione a mezzo di polizza fidejussoria della richiesta cauzione non costituisce mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale: un creditore privato è libero di considerare ugualmente accettabile una garanzia minore a quella richiesta, ma non può essere costretto a farlo. L'ente pubblico non solo può ma deve rifiutarla, quanto meno nell'ambito di un procedimento di gara ad evidenza pubblica, dominato dal principio della par condicio

Il Tar Lazio, Sezione III di Roma con la sentenza numero 1066 del 2006 ci insegna che:

< E' stato precisato (T.A.R. Umbria 22 febbraio 2005 n. 53) che la polizza fidejussoria di cui si discute non è un semplice documento, ma piuttosto uno strumento contrattuale. Non si tratta, cioè, di una dichiarazione di scienza, bensì di una dichiarazione di volontà, di effetto costitutivo, con la quale il fidejussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro determinata.

Non è, dunque, pertinente il richiamo alla problematica relativa alla eventualità che in corso di procedimento si rettifichino o integrino le carenze o gli errori del materiale documentale prodotto. N

on sarebbe neppure pertinente il richiamo alla disciplina civilistica dell'errore negoziale (artt. 1427-1446 cod. civ.) nell'aver indicato nella cauzione definitiva un importo inferiore a quello dovuto, ove pure si accedesse all'ipotesi (peraltro, da escludere) che la cauzione ex art. 11, primo comma, L. n. 285 del 2000 fosse un unicum con la cauzione ex art. 30, secondo comma, L. n. 109 del 1994.

In quella disciplina, infatti, l'errore viene in rilievo esclusivamente quale presupposto dell'azione di annullamento che, nel proprio interesse, può esperire chi abbia emesso una dichiarazione negoziale errata a proprio danno.

Con riferimento al contratto di fidejussione, potrà dunque giovare di questa disciplina il fidejussore che, per errore, abbia dichiarato di obbligarsi per un importo maggiore di quello voluto. Ma se l'errore è consistito nell'obbligarsi per un importo minore di quello voluto - e dunque il fidejussore ancorché in buona fede ha errato a proprio vantaggio e non a proprio danno - la sua controparte contrattuale (il debitore principale) non può giovare della disciplina degli artt. 1427 e ss. cod. civ.. Tanto meno può giovare il terzo, estraneo al rapporto contrattuale, e cioè il creditore. Questi può solo prendere atto del fatto che il debitore ha costituito la garanzia per un importo minore di quello del debito, e determinarsi di conseguenza.

Un creditore privato è libero di considerare ugualmente accettabile la garanzia, ma non può essere costretto a farlo. L'ente pubblico non solo può ma deve rifiutarla, quanto meno nell'ambito di un procedimento di gara ad evidenza pubblica, dominato dal principio della par condicio>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA N. Reg.Sent.
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Anno 2006
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE N. 12013 Reg.Ric.
PER IL LAZIO - SEZIONE TERZA Anno 2004
ha pronunciato la seguente
SENTENZA

sul ricorso n. 12013/04, proposto dal ***, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con *** s.p.a., e la *** s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentati e difesi dagli avv.ti Stefano Vinti e Paola Chirulli presso il cui studio in Roma, via Emilia n. 88, sono elettivamente domiciliati

contro

l'A.N.A.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, è per legge domiciliato, nonché

nei confronti

del Consorzio SIS s.c.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gian Luigi Rota, Giuseppe Rusconi e Marco Annoni e con questi elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Marco Annoni in Roma, via Udine n. 6,

per l'annullamento, previa sospensiva,

del verbale della seduta di gara del 7 ottobre 2004 con il quale l'A.N.A.S. ha disposto l'esclusione del costituendo raggruppamento tra il *** e la Garboli - Conicos s.p.a. dalla licitazione privata per l'aggiudicazione dei lavori di adeguamento della S.S. 24 del Monginevro nel tratto Cesana torinese - Claveire (gara To 24/04); dei successivi verbali di gara, ivi compreso quello contenente l'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva, nonché di tutti gli atti presupposti, successivi e comunque connessi con quelli espressamente impugnati, nonché

per il risarcimento

dei danni subiti per effetto dei provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.N.A.S. s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del controinteressato Consorzio SIS s.c.p.a.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2006 il magistrato dott.ssa Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 25 novembre 2004 il *** e la *** s.p.a. impugnano il verbale della seduta di gara del 7 ottobre 2004 con il quale l'A.N.A.S. ha disposto l'esclusione del costituendo raggruppamento tra il *** e la Garboli - Conicos s.p.a. dalla licitazione privata per l'aggiudicazione dei lavori di adeguamento della S.S. 24 del Monginevro nel tratto Cesana torinese - Claveire (gara To 24/04) e ne chiedono l'annullamento.

Espongono, in fatto, di aver partecipato alla gara, bandita dall'A.N.A.S. per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto integrato relativo alla progettazione esecutiva e alla realizzazione dei lavori di adeguamento della S.S. n. 24 del Monginevro nel tratto Cesana torinese - Claveire (per l'attraversamento di Claviere). L'opera, di importo complessivo di €103.137.426,48, comprensivi di oneri per la progettazione esecutiva e per la sicurezza, era inserita nel "Piano Interventi Opere Olimpiadi Torino 2006". Tra i requisiti di partecipazione, richiesti a pena di esclusione, il bando di gara e la lettera di invito hanno previsto espressamente la prestazione di una cauzione provvisoria e definitiva nella misura e nei modi di cui agli artt. 30, commi 1 e 2 bis, L. 11 febbraio 1994 n. 109 e 100 e 101 D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, con possibilità per le concorrenti di avvalersi, ricorrendone le condizioni, del beneficio previsto dall'art. 8, comma 11 quater, lett. a), L. n. 109 del 1994, e cioè della riduzione del 50% della cauzione per le imprese in possesso della certificazione di qualità.

Il ricorrente costituendo raggruppamento è stato escluso per presunte irregolarità della dichiarazione relativa all'impegno fidejussorio contenuto nella polizza prestata per la cauzione provvisoria. Ciò in quanto la dichiarazione contenuta nella polizza presentata non risultava conforme a talune prescrizioni aggiuntive, trasmesse dalla stazione appaltante a mezzo telefax successivamente all'invio della lettera d'invito, rese necessarie per adeguare il contributo dell'impegno fidejussorio originariamente richiesto dagli atti di gara a quanto prescritto dalla L. 9 ottobre 2000 n. 285. Afferma però il ricorrente di aver informato immediatamente la stazione appaltante di non aver ricevuto alcuna comunicazione e di essersi attenuto, nel predisporre la documentazione da allegare all'offerta, a quanto prescritto nella lex specialis di gara. In ogni caso, appena appreso il motivo dell'esclusione, ha provveduto a farsi rilasciare dalla propria compagnia assicurativa una dichiarazione integrativa con contenuto, validità e decorrenza conformi a quanto (pur tardivamente) richiesto dall'Amministrazione e l'hanno tempestivamente inviata alla stazione appaltante, che l'ha ricevuta prima (il 12 ottobre) che la commissione aprisse le buste contenenti le offerte tecniche ed economiche. Il successivo 22 ottobre 2004 la costituenda A.T.I. ha invitato l'Amministrazione a riconsiderare la determinazione di esclusione in precedenza assunta. Tale invito non ha però sortito alcun effetto ed in una successiva seduta pubblica la gara è stata aggiudicata al controinteressato Consorzio SIS s.c.p.a..

2. Avverso il predetto provvedimento di esclusione il ricorrente è insorto deducendo:

a) Violazione dei principi di trasparenza e di pubblicità per illegittima modifica della lex specialis di gara. Violazione della lex di gara. Violazione del principio della par condicio tra i partecipanti alla gara e dell'affidamento e della massima partecipazione. La lex specialis di gara prevedeva analiticamente (Sezione III, punto 1.1 del bando) i contenuti delle cauzioni e delle garanzie che le partecipanti dovevano prestare per poter partecipare validamente alla gara in questione. Sia la cauzione provvisoria che l'impegno a prestare quella definitiva, sotto forma di fidejussione bancaria o assicurativa, si riferivano inequivocabilmente ed esclusivamente ai contenuti, agli importi e alle decorrenze fissate dall'art. 30 L. n. 109 del 1994. Il ricorrente si è attenuto a queste prescrizioni e ha presentato una polizza fidejussoria rilasciata da una compagnia assicuratrice autorizzata ad operare nel ramo cauzioni, compilata secondo lo schema tipo di cui al D.M. 12 marzo 2004 n. 123, che recava in allegato una dichiarazione di impegno, regolarmente sottoscritta ed autenticata, a prestare fidejussione a titolo di cauzione definitiva nel caso di aggiudicazione della gara. A procedura già in atto l'A.N.A.S. si è però avveduta che avrebbe dovuto applicare, in parte qua, le disposizioni dettate dall'art. 11 L. n. 285 del 2000 il quale, al secondo comma, prevede che la cauzione provvisoria, di cui all'art. 30, primo comma, L. n. 109 del 1994, deve essere accompagnata dall'impegno del fidejussore a rilasciare, in caso di aggiudicazione, un'ulteriore garanzia da prestare mediante fidejussione bancaria o assicurativa, nella misura del 20 per cento dell'importo dei lavori, relativa alla cauzione definitiva e destinata a garantire l'ultimazione dell'opera entro il termine fissato dal

bando di gara. Ha quindi ritenuto di poter procedere ad una rettifica delle prescrizioni dettate nel bando e nella lettera di invito inviando un semplice telefax, con il quale ha rammentato l'applicazione della L. n. 285 del 2000, le cui prescrizioni erano però molto diverse da quelle minuziosamente dettate dalla lex specialis di gara. Non avendo mai ricevuto detta comunicazione il ricorrente si è attenuto alle prescrizioni del bando. Illegittimamente, quindi, la Commissione l'ha escluso dalla gara, senza neanche considerare l'integrazione trasmessa subito dopo aver appreso il motivo dell'esclusione.

b) Illegittimità dell'esclusione per mancata considerazione della documentazione integrativa prodotta dal raggruppamento ricorrente. Violazione del principio dell'affidamento nonché dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità - Difetto di istruttoria - Violazione del principio di massima partecipazione. Illegittimamente la commissione di gara non ha accettato l'integrazione tempestivamente trasmessa dal ricorrente. A ciò si aggiunga che la documentazione ritenuta irregolare dalla commissione è risultata incompleta solo nella parte riferita all'impegno a prestare la cauzione definitiva, adempimento, questo, che viene richiesto in sede di presentazione dell'offerta a garanzia del corretto svolgimento del rapporto contrattuale, con la conseguenza che ben poteva la commissione riammettere in gara il ricorrente la cui cauzione provvisoria era perfettamente regolare.

3. Il costituendo raggruppamento ricorrente chiede altresì il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illegittima esclusione, quantificato dopo aver verificato l'offerta che aveva presentato. Per l'ipotesi che la sua offerta risultasse tale da assicurargli l'aggiudicazione dell'appalto chiede che il risarcimento sia commisurato all'utile che avrebbe conseguito a seguito dell'esecuzione dei lavori; in caso contrario, il risarcimento per la perdita di chances, da liquidare in misura forfettaria.

4. Si è costituita in giudizio l'A.N.A.S. per resistere al ricorso.

5. Si è costituito in giudizio il controinteressato Consorzio SIS S.c.p.a., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza del requisito dell'attualità dell'interesse e per mancata e/o tardiva impugnazione della lex specialis di gara, nonché la sua improcedibilità per omessa autonoma impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

6. Con ordinanza n. 126 del 12 gennaio 2005 è stata respinta l'istanza cautelare di sospensiva.

7. All'udienza dell'8 febbraio 2006 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, il ricorrente costituendo raggruppamento impugna la propria esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dei lavori di adeguamento della S.S. 24 del Monginevro nel tratto Cesana torinese - Claveire (opera inserita nel "Piano Interventi Opere Olimpiadi Torino 2006"), disposta perché la dichiarazione contenuta nella polizza presentata non risultava conforme a talune prescrizioni integrative, trasmesse dalla stazione appaltante a mezzo telefax successivamente all'invio della lettera d'invito, rese necessarie per adeguare il contenuto dell'impegno fidejussorio originariamente richiesto dagli atti di gara a quanto prescritto dall'art. 11 L. 9 ottobre 2000 n. 285.

Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame delle eccezioni pregiudiziali sollevate dalla controinteressata, essendo il ricorso infondato nel merito.

Preliminarmente il ricorrente afferma di non aver mai ricevuto il telefax del 7 settembre 2004 con il quale la stazione appaltante integrava le disposizioni della lex specialis di gara riguardanti la prestazione della cauzione provvisoria e definitiva ma di aver subito provveduto all'integrazione della fidejussione non appena informato delle ragioni della propria esclusione.

Al fine del decidere il Collegio deve quindi verificare se effettivamente il telefax non è pervenuto al ricorrente e se, in ogni caso, è ammissibile un'integrazione postuma della predetta prestazione.

Con riferimento alla prima questione, dalla documentazione versata in atti dall'A.N.A.S. risulta che il telefax è stato inviato a tutte le partecipanti in data 7 settembre 2004. Dal rapporto di trasmissione si evince che l'inoltro, fatto all'indirizzo dell'utenza telefonica in possesso dalla stazione appaltante e non contestato dal ricorrente, ha avuto esito positivo. Né il costituendo raggruppamento ha offerto la prova della mancata ricezione, ad esempio dimostrando che il proprio fax fosse guasto.

Infine, ed il rilievo è assorbente di ogni altra considerazione, con successiva nota del 22 settembre 2004, precedente il termine ultimo per la presentazione dell'offerta (28 settembre 2004), la stazione appaltante ha nuovamente chiarito che eventuali questioni interpretative del bando dovevano essere risolte considerando che la disciplina di gara era quella dettata dalla L. 9 ottobre 2000 n. 285. Di detta nota il ricorrente non ha opposto la mancata ricezione, con la conseguenza che quanto meno alla data del 22 settembre 2004 aveva appreso che anche la cauzione avrebbe dovuto essere presentata in conformità alle prescrizioni dell'art. 11 L. n. 285 del 2000.

Questo in punto di fatto. In diritto è agevole invece opporre che il fax rappresenta uno dei modi in cui può concretamente svolgersi la comunicazione tra soggetti, in quanto essa viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, con il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente. Tali modalità, garantite da protocolli universalmente accettati, indubbiamente ne fanno uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione. In tal senso, infatti, si muove la normativa più recente (D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445), che consente un uso generalizzato del fax nel corso dell'istruttoria, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (art. 38, primo comma) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'Amministrazione di certezze giuridiche (art. 43, terzo comma). Tanto è vero che "i documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione tramite fax, o un altro mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale." (art. 43, sesto comma). Posto quindi che gli accorgimenti tecnici che caratterizzano il sistema garantiscono, in via generale, una sufficiente certezza circa la ricezione del messaggio, ne consegue non solo l'idoneità del mezzo a far decorrere termini perentori ma anche il rilievo che un fax deve presumersi giunto al destinatario quando il rapporto di trasmissione indica che questa è avvenuta regolarmente, senza che colui che ha inviato il messaggio debba fornire alcuna ulteriore prova. Semmai la prova contraria può solo concernere la funzionalità dell'apparecchio ricevente, ma questa non può che essere fornita da chi afferma la mancata ricezione del messaggio (Cons. Stato, V Sez., 24 aprile 2002 n. 2207; T.A.R. Sardegna, I Sez., 25 marzo 2005 n. 555).

2. Tutto ciò chiarito, va ora verificato se fosse ammissibile la prestazione della cauzione ex art. 11 L. n. 285 del 2000 fatta pervenire dal ricorrente il 12 ottobre 2004 e, dunque, dopo la propria esclusione (7 ottobre 2004) ma prima dell'apertura delle offerte economiche e tecniche.

A detto quesito il Collegio ritiene di dover dare risposta negativa.

Deve in primo luogo osservarsi che nel caso in esame non si è trattato di integrare la cauzione definitiva già prestata ma di “costituire un’ulteriore garanzia” (art. 11, primo comma, L. n. 285 del 2000) e non è quindi invocabile il principio, elaborato dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo il quale l’Amministrazione può, nel rispetto della par condicio tra i concorrenti, consentire l’integrazione o la regolarizzazione della documentazione di gara già prodotta.

La mancata presentazione, entro i termini previsti dal bando, della documentazione idonea a dimostrare la costituzione a mezzo di polizza fidejussoria della richiesta cauzione non costituisce mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale. (T.A.R. Bari 24 maggio 2004 n. 2276).

A detta considerazione se ne aggiunge un’altra, di carattere assorbente.

E’ stato precisato (T.A.R. Umbria 22 febbraio 2005 n. 53) che la polizza fidejussoria di cui si discute non è un semplice documento, ma piuttosto uno strumento contrattuale. Non si tratta, cioè, di una dichiarazione di scienza, bensì di una dichiarazione di volontà, di effetto costitutivo, con la quale il fidejussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro determinata. Non è, dunque, pertinente il richiamo alla problematica relativa alla eventualità che in corso di procedimento si rettifichino o integrino le carenze o gli errori del materiale documentale prodotto. Non sarebbe neppure pertinente il richiamo alla disciplina civilistica dell’errore negoziale (artt. 1427-1446 cod. civ.) nell’aver indicato nella cauzione definitiva un importo inferiore a quello dovuto, ove pure si accedesse all’ipotesi (peraltro, da escludere) che la cauzione ex art. 11, primo comma, L. n. 285 del 2000 fosse un unicum con la cauzione ex art. 30, secondo comma, L. n. 109 del 1994. In quella disciplina, infatti, l’errore viene in rilievo esclusivamente quale presupposto dell’azione di annullamento che, nel proprio interesse, può esperire chi abbia emesso una dichiarazione negoziale errata a proprio danno. Con riferimento al contratto di fidejussione, potrà dunque giovare di questa disciplina il fidejussore che, per errore, abbia dichiarato di obbligarsi per un importo maggiore di quello voluto. Ma se l’errore è consistito nell’obbligarsi per un importo minore di quello voluto - e dunque il fidejussore ancorché in buona fede ha errato a proprio vantaggio e non a proprio danno - la sua controparte contrattuale (il debitore principale) non può giovare della disciplina degli artt. 1427 e ss. cod. civ.. Tanto meno può giovare il terzo, estraneo al rapporto contrattuale, e cioè il creditore. Questi può solo prendere atto del fatto che il debitore ha costituito la garanzia per un importo minore di quello del debito, e determinarsi di conseguenza. Un creditore privato è libero di considerare ugualmente accettabile la garanzia, ma non può essere costretto a farlo. L’ente pubblico non solo può ma deve rifiutarla, quanto meno nell’ambito di un procedimento di gara ad evidenza pubblica, dominato dal principio della par condicio.

3. La reiezione dei motivi proposti avverso l’esclusione dalla gara comportano la reiezione anche della domanda di risarcimento danni.

Le spese e gli onorari del giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO - SEZIONE TERZA

definitivamente pronunciando sul ricorso proposto, come in epigrafe, dal *** e la *** s.p.a., lo respinge.

Condanna il Consorzio ricorrente al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), di cui € 1.000,00 (mille/00) a favore dell'A.N.A.S. e € 1.000,00 (mille/00) a favore del controinteressato Consorzio SIS s.c.p.a..

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

Così deciso in Roma, addì 8 febbraio 2006, dal

Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione terza

in Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini Presidente

Maria Luisa De Leoni Componente

Giulia Ferrari Componente - Estensore

Il Presidente

L' Estensore

Segretario