

Previsione della lex specialis di gara di presentare la polizza assicurativa in originale relativa alla cauzione provvisoria: obbligatoria esclusione della controinteressata (aggiudicataria provvisoria) che, avendo depositato una copia conforme, doveva già essere in possesso dell'originale e quindi era tenuta comunque a depositarlo, a pena, in caso contrario di violazione del principio di par condicio tra i concorrenti, avrebbe depositato una fotocopia incompleta e che non contiene la sottoscrizione del titolo da parte del soggetto obbligato: **il documento difforme dal paradigma prefigurato dalle regole di gara è un documento non prodotto, senza che siano indagabili le ragioni della difformità.**

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso nel quale si <L'esponente lamenta, però, che l'aggiudicataria avrebbe allegato non l'originale, ma solo una fotocopia autenticata della polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria, e che, peraltro, detta copia sarebbe incompleta e non riporterebbe la sottoscrizione del soggetto obbligato>? come deve comportarsi la Stazione appaltante nel caso di successiva produzione in originale della polizza? e cosa dire per quanto concerne l'appendice del contratto (che forma parte integrante di questo) recante le "condizioni particolari" della garanzia, in quanto la copia della polizza versata in atti dalla ricorrente reca stavolta la pagina contenente le "condizioni particolari" epperò in detta pagina si rinviene solo la sottoscrizione dell'impresa assicuratrice e non quella del soggetto obbligato.?

La doglianza deve essere condivisa. Ed infatti, contrariamente all'avviso della controinteressata, il disciplinare di gara non solo prescriveva l'allegazione della cauzione in originale, ma sanzionava in modo esplicito il mancato rispetto di tale prescrizione con l'esclusione dalla gara. Ciò si ricava dalla lettura del parag. 1 del suddetto disciplinare, avente ad oggetto le modalità di presentazione delle offerte e i criteri di ammissibilità delle stesse, lì dove vengono elencati i documenti che devono essere contenuti, a pena – dispone espressamente il disciplinare – di esclusione dalla gara, nella busta "A", ossia la busta contenente la documentazione di gara (mentre la busta "B" è quella relativa all'offerta economica). Nell'elenco di documenti prescritti a pena di esclusione figura infatti, al punto n. 5, la quietanza del versamento, oppure la fideiussione bancaria, oppure la polizza assicurativa, o ancora la polizza rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale ex art. 107 del d.lgs. n. 385/1993, "in originale relativa alla cauzione provvisoria di cui al punto III.1.1) del bando di gara. **È evidente che, a fronte di una specifica previsione del disciplinare (peraltro non contestata in alcun modo dalla controinteressata), il mancato soddisfacimento nei termini del suindicato onere di produzione del documento in originale, una volta accertato, non poteva che implicare l'esclusione della medesima controinteressata dalla gara.** poiché un documento prodotto in copia informale nell'ambito di una procedura di gara in cui risulta stabilita la produzione in originale o in copia autentica, è semplicemente un documento non prodotto, senza che sia possibile per la stazione appaltante indagare sulle ragioni di una simile difformità nei confronti del paradigma prefigurato, ed a fronte della mancata impugnazione della clausola di gara che prescriveva siffatta formalità: clausola che, perciò, è indubbio dovesse essere osservata, **di conseguenza la conclusione ora esposta – che va condivisa – va ritenuta senz'altro applicabile anche al caso oggetto del gravame, relativo alla produzione di un documento in copia conforme, anziché in originale (come prescritto in via esclusiva): si è osservato al riguardo che una tale conclusione non muta neppure a fronte della successiva (e tardiva) produzione dell'originale del documento.**

In tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria, merita di essere segnalata la sentenza numero 1235 del 10 febbraio 2009, emessa dal Tar Lombardia, Milano ed in particolar modo il seguente passaggio:

<Con il primo motivo di ricorso si duole della mancata esclusione dalla gara della controinteressata per non aver quest'ultima depositato nei termini l'originale della polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria prevista dall'art. 30 della l. n. 109/1994.

Ed invero – sottolinea la ricorrente – l'esigenza di certezza dell'escussione della cauzione, che può essere soddisfatta soltanto con l'allegazione dell'originale della polizza assicurativa, già di per sé comporterebbe l'esclusione dalla gara qualora il suddetto originale non sia tra la documentazione di gara. E ciò tanto più varrebbe nel caso di specie, in cui il disciplinare di gara prevedeva, a pena di esclusione, la allegazione nella busta "A – Documentazione" dell'originale della polizza relativa alla cauzione provvisoria (v. il punto n. 5 del parag. 1 del disciplinare).

Né avrebbe alcun valore il successivo deposito dell'originale, in quanto avvenuto oltre il termine ultimo assegnato dalla stazione appaltante.

Per di più la controinteressata (che, avendo depositato una copia conforme, doveva già essere in possesso dell'originale e quindi era tenuta comunque a depositarlo, a pena, in caso contrario di violazione del principio di par condicio tra i concorrenti) avrebbe depositato una fotocopia incompleta e che non contiene la sottoscrizione del titolo da parte del soggetto obbligato.

La doglianza deve essere condivisa.

Ed infatti, contrariamente all'avviso della controinteressata, il disciplinare di gara non solo prescriveva l'allegazione della cauzione in originale, ma sanzionava in modo esplicito il mancato rispetto di tale prescrizione con l'esclusione dalla gara. Ciò si ricava dalla lettura del parag. 1 del suddetto disciplinare, avente ad oggetto le modalità di presentazione delle offerte e i criteri di ammissibilità delle stesse, lì dove vengono elencati i documenti che devono essere contenuti, a pena – dispone espressamente il disciplinare – di esclusione dalla gara, nella busta "A", ossia la busta contenente la documentazione di gara (mentre la busta "B" è quella relativa all'offerta economica).

Nell'elenco di documenti prescritti a pena di esclusione figura infatti, al punto n. 5, la quietanza del versamento, oppure la fideiussione bancaria, oppure la polizza assicurativa, o ancora la polizza rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale ex art. 107 del d.lgs. n. 385/1993, "in originale relativa alla cauzione provvisoria di cui al punto III.1.1) del bando di gara".

È evidente che, a fronte di una specifica previsione del disciplinare (peraltro non contestata in alcun modo dalla controinteressata), il mancato soddisfacimento nei termini del suindicato onere di produzione del documento in originale, una volta accertato, non poteva che implicare l'esclusione della medesima controinteressata dalla gara.

Né in contrario possono avere alcun rilievo le argomentazioni di quest'ultima, che si incentrano sul tempestivo deposito di una copia-fax della polizza, seguito dalla successiva regolarizzazione, con il deposito dell'originale dopo la scadenza del 4 febbraio 2004, ma prima dell'inizio delle operazioni di gara.

In proposito, infatti, va condivisa l'osservazione della ricorrente, secondo cui alla data del 4 febbraio 2004 la BETA ITALIA doveva già essere in possesso dell'originale della polizza (avendo depositato una copia conforme della stessa) e perciò a tale data doveva depositare il suddetto originale, a pena, in caso contrario, di violare tra l'altro il principio della par condicio competitorum rispetto agli altri concorrenti che hanno rispettato la prescrizione del bando.

Come recentemente affermato dal Consiglio di Stato in una vicenda per molti versi analoga a quella in esame, un documento prodotto in copia informale nell'ambito di una procedura di gara in cui risulta stabilita la produzione in originale o in copia autentica, è semplicemente un documento non prodotto, senza che sia possibile per la stazione appaltante indagare sulle ragioni di una simile difformità nei confronti del paradigma prefigurato, ed a fronte della mancata impugnazione della clausola di gara che prescriveva siffatta formalità: clausola che, perciò, è indubbio dovesse essere osservata (C.d.S., Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5458).

La conclusione ora esposta – che va condivisa – va ritenuta senz'altro applicabile anche al caso oggetto del gravame, relativo alla produzione di un documento in copia conforme, anziché in originale (come prescritto in via esclusiva).

Si è osservato al riguardo che una tale conclusione non muta neppure a fronte della successiva (e tardiva) produzione dell'originale del documento.

Invero, la produzione postuma di un documento non ha mai l'effetto di sanare in via retroattiva la causa di esclusione, in quanto altrimenti si darebbe luogo ad una non consentita disapplicazione di regole dettate a garanzia dell'imparzialità della procedura e si snaturerebbe la stessa fisionomia delle pubbliche gare (C.d.S., Sez. V, n. 5458/2008, cit.).

Come infatti già osservato, il documento difforme dal paradigma prefigurato dalle regole di gara è un documento non prodotto, senza che siano indagabili le ragioni della difformità.

In ciò non si annida una concezione formalistica dell'esercizio dei poteri pubblici, giacché è proprio la particolare struttura dei procedimenti concorsuali ad impedire di accedere ad un'impostazione partecipativa dell'azione amministrativa, tanto è vero che in simili casi non sono esperibili né il rimedio dell'integrazione – che non si dà nell'ipotesi di documentazione mancante – né quello dell'acquisizione in via ufficiale tra Amministrazioni, che non opera nei procedimenti concorsuali, poiché in questi l'onere di provare il possesso dei requisiti di partecipazione grava sulla parte (C.d.S., Sez. V, n. 5458/2008 cit.).

Se ne desume la fondatezza dell'ora visto motivo di ricorso.>

Ma vi è di più

< conclusione diversa deve invece pervenirsi per quanto concerne l'appendice del contratto (che forma parte integrante di questo) recante le “condizioni particolari” della garanzia, in quanto la copia della polizza versata in atti dalla ricorrente reca stavolta la pagina contenente le “condizioni particolari” epperò in detta pagina si rinviene solo la sottoscrizione dell'impresa assicuratrice e non quella del soggetto obbligato.

Sotto questo aspetto, pertanto, la doglianza sarebbe fondata, né in contrario si può richiamare la circostanza che l'esemplare della pagina in discorso depositato dalla controinteressata risulta sottoscritto da ambedue i contraenti, poiché stavolta vi è il dubbio di una sottoscrizione postuma da parte del soggetto obbligato. Senonché, la conseguenza è solo quella di dover espungere dal testo della polizza le “condizioni particolari” ad essa aggiunte, ferma restando, però, l'esistenza della polizza stessa e la sua sottoscrizione – almeno quanto al contratto-base – ad opera di ambedue le parti: donde l'inammissibilità, per tal verso, della censura in esame, non ricavando alcun beneficio la ricorrente dal suo accoglimento>

Giurisprudenza segnalata e correlata

Non è per puro formalismo che la stazione appaltante non può accettare una documentazione postuma

E' legittimo un provvedimento di esclusione per < mancata dimostrazione, con documentazione in originale o in copia autenticata, dell'effettuato svolgimento nel triennio 2003-2005 di un servizio analogo "con puntuale indicazione di date, destinatari, attività effettivamente svolte e numero di documenti gestiti in occasione della prestazione del servizio stesso".>? la documentazione prodotta a riprova del requisito di partecipazione, ove ritenuta non compiutamente rappresentativa delle pregresse esperienze, avrebbe dovuto formare oggetto di richiesta di integrazione o di richiesta ufficiale tra amministrazioni ai sensi dell'art. 18 della l. 241/90.?un concorrente legittimamente escluso, ha diritto a proporre ricorso avverso l'aggiudicazione?

La circostanza (pacifica) che la certificazione volta ad attestare il possesso di un servizio analogo non sia stata resa in originale o in forma autentica nel sub-procedimento di verifica davanti alla stazione appaltante è di per sé sola sufficiente a giustificare l'esclusione._ La produzione postuma di un documento, come sempre avviene nelle pubbliche gare, non ha mai l'effetto di sanare retroattivamente la causa di esclusione giacché ciò darebbe luogo ad una non consentita disapplicazione di regole poste a garanzia dell'imparzialità del procedimento e finirebbe con lo snaturare la stessa fisionomia delle pubbliche gare. In altre parole, un documento prodotto in copia informale in un procedimento che stabilisce la produzione in originale o in copia autentica è, semplicemente, un documento non prodotto, senza che sia possibile, per la stazione appaltante, indagare sulle ragioni di una tale difformità rispetto al prefigurato paradigma._ E, lo si ripete, in ciò non si annida una concezione formalistica dell'esercizio dei poteri pubblici poiché è proprio la particolare struttura dei procedimenti concorsuali ad impedire di accedere ad una impostazione partecipativa dell'azione amministrativa._ la legittimazione a contestare le operazioni di gara spetti al solo concorrente che vi abbia partecipato e tale posizione non può essere riconosciuta al soggetto che, come nella specie, ne sia stato legittimamente escluso. Nel caso, infatti, di esclusione legittima non vi è alcuna differenza tra il concorrente escluso e l'operatore che non ha partecipato.

Merita di essere segnalata la decisione numero 5458 del 31 ottobre 2008, inviata per la pubblicazione in data 3 novembre 2008,emessa dal Consiglio di Stato

<Va da sé che in un tale contesto non fossero applicabili né l'istituto della integrazione né, tantomeno, l'istituto dell'acquisizione in via ufficiale tra amministrazioni. L'integrazione, per pacifica giurisprudenza, non si dà nel caso di documentazione mancante. L'acquisizione ufficiale non opera nei procedimenti concorsuali poiché in questi l'onere di provare il possesso dei requisiti di partecipazione grava sulla parte.

Va dunque confermata la legittimità dell'esclusione. >

Ma vi è di più

<Parimenti infondata è poi la tesi che l'impresa legittimamente esclusa possa comunque censurare l'esito della gara al fine di ottenerne la ripetizione.

La giurisprudenza prevalente, alla quale il Collegio ritiene di aderire, è nel senso che la legittimazione a contestare le operazioni di gara spetta al solo concorrente che vi abbia partecipato e tale posizione non può essere riconosciuta al soggetto che, come nella specie, ne sia stato legittimamente escluso. Nel caso, infatti, di esclusione legittima non vi è alcuna differenza tra il concorrente escluso e l'operatore che non ha partecipato.>

§§§§§§§§§§§§§§§§

Non tutte le irregolarità nella presentazione delle cauzioni devono per forza compromettere la validità della presentazione dell'offerta

Una polizza fideiussoria è valida anche se non reca l'indicazione del lotto di riferimento e la sottoscrizione della stessa da parte del soggetto che ha partecipato all'incanto

la polizza fideiussoria prodotta consentiva per una pluralità di ragioni di individuare l'oggetto della garanzia: la Compagnia di Assicurazioni garante espressamente ha garantito l'ammontare (euro ventimila/00) della cauzione richiesta per la validità dell'offerta presentata dal soggetto garantito, il debitore principale ha partecipato a quella determinata procedura di vendita e non a caso la domanda è confluita nell'ambito di quel determinato lotto, non consta e non è provato che in contemporanea si siano svolti altri incanti suscettibili di indurre in equivoco per il lotto cui riferire la garanzia._ È poi da escludere che, a causa della mancata indicazione del lotto di riferimento, la fideiussione potesse essere utilizzata in più incanti: infatti, come prevede il disciplinare, il titolo di garanzia andava allegato in originale._e' da rigettare anche il secondo motivo del ricorso relativamente al mancato perfezionamento della garanzia, a norma dell'art. 1936 c.c., perché la polizza fideiussoria non è stata sottoscritta anche dal rappresentante legale della ditta partecipante: A quest'ultimo riguardo merita considerare che, a termini dell'art. 1888 c.c., l'assicuratore è soltanto obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto e, a norma dell'art. 1333 c.c., il contratto che interviene tra il garante (istituto di credito o di assicurazione) ed il beneficiario (la stazione appaltante) si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo._**Conseguentemente, poiché il debitore principale (colui che concorre alla gara di appalto) non è parte necessaria del negozio dal momento che la fideiussione è efficace anche se il debitore non è a conoscenza del contratto, come prevede l'art. 1936 c.c., comma 2), il fatto che nella polizza fideiussoria compaia o meno la sottoscrizione del debitore principale non assume di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia**

merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4651 del 26 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

<Prive di pregio sono invece le doglianze, di cui al secondo mezzo, relative alla validità ed efficacia della fideiussione che non reca l'indicazione del lotto di riferimento e la sottoscrizione della stessa da parte del soggetto che ha partecipato all'incanto.

Relativamente al primo aspetto, va premesso che il disciplinare di gara, al punto 2.1., prescrive che “I partecipanti all'Asta dovranno, a pena di esclusione, costituire a favore della SCIP srl una cauzione dell'Offerta Segreta per un importo pari al 10% del prezzo base d'asta (quale risultante dall'Avviso d'Asta) del Lotto per cui intendono presentare l'Offerta Segreta” e, in ordine alla domanda di partecipazione all'Asta, dispone alla lett. B del punto 3.1.4 che “La prova dell'avvenuta costituzione della cauzione dovrà essere fornita mediante allegazione dell'originale del documento comprovante quanto previsto dal precedente punto 2.1....”

Ebbene, contrariamente a quanto dedotto, la polizza fideiussoria prodotta consentiva per una pluralità di ragioni di individuare l'oggetto della garanzia: la Carige Assicurazioni espressamente ha garantito l'ammontare (euro ventimila/00) della cauzione richiesta per la validità dell'offerta presentata dal soggetto garantito, la Cooperativa Edilizia BETA srl ha partecipato a quella determinata procedura di vendita e non a caso la domanda è confluita nell'ambito di quel determinato lotto, non consta e non è provato che in contemporanea si siano svolti altri incanti suscettibili di indurre in equivoco per il lotto cui riferire la garanzia.

È poi da escludere che, a causa della mancata indicazione del lotto di riferimento, la fideiussione potesse essere utilizzata in più incanti: infatti, come prevede il disciplinare, il titolo di garanzia andava allegato in originale.

Tale motivo va quindi rigettato, unitamente all'altra prospettazione del mancato perfezionamento della garanzia, a norma dell'art. 1936 c.c., perché la polizza fideiussoria non è stata sottoscritta anche dal rappresentante legale della Cooperativa BETA.

A quest'ultimo riguardo merita considerare che, a termini dell'art. 1888 c.c., l'assicuratore è soltanto obbligato a rilasciare al contraente la polizza di assicurazione o altro documento da lui sottoscritto e, a norma dell'art. 1333 c.c., il contratto che interviene tra il garante (istituto di credito o di assicurazione) ed il beneficiario (la stazione appaltante) si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo.

Conseguentemente, poiché il debitore principale (colui che concorre alla gara di appalto) non è parte necessaria del negozio dal momento che la fideiussione è efficace anche se il debitore non è a conoscenza del contratto, come prevede l'art. 1936 c.c., comma 2), il fatto che nella polizza fideiussoria compaia o meno la sottoscrizione del debitore principale non assume di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia (Cons. St., VI, 28 febbraio 2006, n. 893; Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8).

La cauzione, quindi, è regolare sotto entrambi i profili esaminati>

Si legga anche

La mancata sottoscrizione del debitore principale della cauzione provvisoria non è causa di esclusione

Il fatto che nella polizza fideiussoria non compaia la sottoscrizione del garantito (e maggior ragione di uno dei due componenti del raggruppamento) non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

La causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito ed il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili, il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (art. 1346 e 1418 c.c.). In particolare, la determinazione o determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura del negozio fideiussorio (le cui parti sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive. La recente decisione n. 8/2005 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato chiarisce con nettezza

che la questione della sottoscrizione da parte delle imprese associate in un raggruppamento di imprese costituendo non assume valore decisivo alla luce della peculiarità del contratto di fideiussione. Nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di credito) ed il beneficiario (qui la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr.art. 1333 cod.civ.). Il garantito (nella specie l'A.T.I. costituenda) non è parte necessaria. La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.).

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 1930 del 30 ottobre 2008, emessa dal Tar Liguria, Genova

<Parimenti infondato appare il secondo ordine di censure del ricorso principale con cui parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'offerta ati edilizia e costruzioni, e quindi della relativa ammissione in gara, per mancata sottoscrizione della scheda tecnica da parte della banca e non dei beneficiari. In proposito, assume rilevanza dirimente l'adesione all'opinione giurisprudenziale prevalente, richiamata dalla difesa resistente e condivisa dal Collegio, secondo cui la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito ed il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili, il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (art. 1346 e 1418 c.c.). In particolare, la determinazione o determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura del negozio fideiussorio (le cui parti sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. VI, 28 febbraio 2006 , n. 893).

Inoltre, la mancata previsione della eventuale carenza formale, comunque priva di rilevanza sostanziale, non risulta (ragionevolmente) essere stata prevista dalla lex specialis a pena di esclusione.>

Si legga anche Consiglio Stato , sez. VI, 28 febbraio 2006 , n. 893).

Giova ricordare in punto di fatto che la ditta ricorrente ha partecipato alla gara di appalto per l'aggiudicazione di lavori di manutenzione stradale e di aree verdi contenenti implantazioni di piante ed arbusti, da eseguirsi in un comprensorio consortile dei Comuni di Cittaducale e Rieti, classificandosi al secondo posto in ragione della percentuale di ribasso dalla stessa proposta. La detta impresa deduce anche in appello che la ditta Ca.lgea Costruzioni, riuscita aggiudicataria, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver presentato polizza fideiussoria per la cauzione di eventuale mancata sottoscrizione del contratto, sottoscritta dal rappresentante di una sola impresa anziché da tutte quelle che, per intendimento espresso nella stessa domanda di partecipazione, avrebbero dovuto costituire un raggruppamento in A.T.I. con mandato di capogruppo conferito alla Vivai Piante Mazzucchi s.r.l. Sostiene la ricorrente, dopo aver evidenziato il tipo a raggruppamento verticale della sopraindicata riunione di imprese, che la polizza assuntiva della garanzia riferita alla cauzione pari al 2% dell'importo complessivo della gara avrebbe dovuto essere sottoscritta dai rappresentanti di tutte le ditte componenti l'istituendo raggruppamento in osservanza di prescrizioni dettate dall'art. 108 del D.P.R. 21/12/1999 n. 554 (contenente il Regolamento attuativo della legge quadro sui lavori pubblici 11/2/1994 n. 109 e successive modificazioni) e dall'art. 13 della stessa legge n. 109/94. Osserva la parte ricorrente che dette

disposizioni, le quali in linea generale impongono la presentazione di garanzie fideiussorie o assicurative da parte della impresa mandataria capo gruppo tale qualificata attraverso un mandato irrevocabile, esigerebbero per le associazioni di tipo verticale (stesso art. 13 l.n. 109/1994 comma 3), ove trattasi di lavori scorporati da eseguirsi da ciascun mandante, il possesso di tutti i requisiti previsti per la categoria dei lavori che si intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. Desume pertanto che nel caso di specie, la polizza assicurativa richiesta dall'art. 8 (lett. b) del bando di gara avrebbe dovuto interessare, in ragione delle rispettive percentuali dei lavori, entrambe le società che avevano espresso l'intento di istituire una A.T.I.

La sottoscrizione di una polizza, quella depositata per la gara, da parte di un solo contraente (la "Vivai Piante Mazzucchi s.n.c.") e non anche dall'altra, la soc. Ca.lgea, non rispetterebbe gli obblighi ricavabili dalle suindicate disposizioni di legge in una con le prescrizioni del bando.

3. I motivi di appello non colgono nel segno.

3.1. Osserva la Sezione che sulla questione di diritto posta dall'appellante è intervenuta la recente decisione n. 8/2005 resa dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio.

In detta decisione si chiarisce con nettezza che la questione della sottoscrizione da parte delle imprese associate in un raggruppamento di imprese costituendo non assume valore decisivo alla luce della peculiarità del contratto di fideiussione.

Nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore.

Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di credito) ed il beneficiario (qui la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr.art. 1333 cod.civ.).

Il garantito (nella specie l'A.T.I. costituenda) non è parte necessaria.

La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.).

Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito (e maggior ragione di uno dei due componenti del raggruppamento) non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

Diversa questione è quella dell'idoneità della polizza fideiussoria in vertenza, siccome intestata alla sola capogruppo designata e non anche alla mandante, a costituire la cauzione provvisoria, richiesta per la partecipazione alla gara.

In proposito, va sottolineato che la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive.

Si tratta quindi di stabilire, quanto al caso di specie, quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria

A questo proposito si osserva che la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

Nell'uno e nell'altro caso, in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associate, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione.

Ebbene, trasferita la questione dal piano formale della necessità della sottoscrizione a quello sostanziale della determinazione dell'oggetto della garanzia, comprensivo anche degli obblighi posti partitamente in capo ad ognuna delle imprese associate, non è dubitabile che nella specie detto requisito sia soddisfatto per effetto delle variazioni apportate in data 28/11/2002 alla polizza originaria nel senso di chiarire che la Vivai Pianta Mazzucchi, dichiarava di partecipare alla gara in qualità di impresa capo gruppo con intento costitutivo di una associazione temporanea di impresa. Se a detto elemento si somma la circostanza che la domanda di partecipazione alla gara contenente la offerta era stata sottoscritta da entrambe le imprese impegnatesi a costituire il raggruppamento con mandato di conferimento della rappresentanza ad una di essa, individuata, già in sede di offerta, nella stessa ditta Vivai Pianta Mazzucchi ed espressamente qualificata come capogruppo, risulta provato che la fideiussione con polizza rilasciata a favore della impresa capogruppo copriva tutto l'ambito della garanzia pretesa dalla legge in caso di mancata sottoscrizione del contratto, avendo ad oggetto le condotte di entrambi i componenti del raggruppamento costituendo.

La conclusione è a contrario avvalorata dalle considerazioni finali svolte dalla decisione 8/2005 dell'Adunanza Plenaria prima citata ove si è ritenuta decisiva, al fine di sostenere l'assunto dell'inidoneità della garanzia, la considerazione che nella polizza fideiussoria non si facesse riferimento all'essenziale circostanza che, contrariamente a quanto occorso nel caso in esame, l'impresa alla quale la polizza era intestata avesse partecipato all'incanto in qualità di mandataria di una costituenda ATI.

3.2. Non è infine fondato neanche l'ulteriore profilo di gravame con cui viene rilevata la mancanza, nella polizza presentata dalla ditta Vivai Pianta Mazzucchi, di una garanzia di durata triennale come previsto dall'art. 13 della legge n. 109/1994.

La Sezione deve convenire con il Primo Giudice che la validità triennale della polizza fideiussoria è ricavabile dal tenore del documento, contenente una clausola apposta a penna e sottoscritta dalla sigla del procuratore della compagnia di assicurazione che l'ha rilasciata. Si aggiunga che la parte manoscritta è convalidata in modo tale da renderla pienamente utilizzabile nel mentre una lettura complessiva dell'atto consente di escludere la ricorrenza di un non sanabile contrasto tra polizza base e sua integrazione sul punto che viene qui in rilievo.

4. L'appello deve essere in definitiva respinto.

Da ultimo

**POICHÉ UNA FIDEIUSSIONE È VALIDA ANCHE SE IL GARANTITO
NON NE SIA A CONOSCENZA, NON SI PUÒ ESCLUDERE L'IMPRESA
CHE NON HA SOTTOSCRITTO LA PROPRIA GARANZIA
PROVVISORIA**

E' valida comunque una cauzione provvisoria sprovvista della firma della ditta obbligata?

Viene ribadito da parte appellante l'assunto relativo alla nullità della suddetta garanzia fideiussoria, in quanto sottoscritta dal solo istituto garante e non anche dal titolare dell'impresa contraente. Tale assunto è, peraltro, privo di pregio, alla stregua del pacifico orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8) secondo cui sono parti necessarie del contratto di fidejussione solo il garante ed il beneficiario della garanzia (nella specie, il Comune appaltante), e non anche il garantito (nella specie l'impresa presentatrice dell'offerta), la cui sottoscrizione non concorre pertanto alla formazione né alla validità del contratto, che rimane efficace tra le parti anche nel caso in cui il garantito non ne sia a conoscenza (art. 1936, 2° comma, cod.civ.)._ Né vale, in senso contrario, il richiamo alla circostanza che lo "schema tipo" allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, puntualmente riprodotto nel modulo contrattuale allegato alla domanda di partecipazione alla gara, configuri una struttura contrattuale comportante anche dichiarazioni negoziali di accettazione da parte dell'impresa contraente, trattandosi all'evidenza di elementi aggiuntivi volti a disciplinare i rapporti interni tra garante e garantito ma non tali da condizionare la validità ed efficacia dell'impegno direttamente assunto dal fidejussore nei confronti del beneficiario, né, tanto meno, ad incidere sul contenuto delle obbligazioni solidalmente gravanti ex lege sull'impresa offerente.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 84 del 2 marzo 2007, emessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale

Deve essere esaminato prioritariamente il terzo motivo di appello, la cui eventuale fondatezza, comportando l'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado volto ad ottenere l'esclusione dalla gara della ricorrente in via principale, comporterebbe la riforma della sentenza impugnata con declaratoria in rito di inammissibilità dell'originario ricorso per difetto d'interesse, di per sé preclusiva all'esame nel merito dei relativi motivi di gravame, e quindi tale da rendere superflua la disamina dei primi due motivi di appello, volti a contestare la decisione di accoglimento al riguardo resa dal TAR. Il motivo di appello all'esame è tuttavia infondato, con conseguente conferma del capo di sentenza di primo grado che ha rigettato il ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. ALFA Costruzioni.

Giova premettere che in sede di appello viene riproposto solo il primo dei due distinti profili di censura dedotti con il ricorso incidentale di primo grado, essendosi viceversa prestata acquiescenza al capo di decisione con cui il TAR ha disatteso la doglianza relativa alla presunta carenza di potere rappresentativo in capo al funzionario dell'istituto di credito che ha sottoscritto la polizza fideiussoria presentata a titolo di cauzione provvisoria dall'impresa BETA.

Viene invece ribadito da parte appellante l'assunto relativo alla nullità della suddetta garanzia fideiussoria, in quanto sottoscritta dal solo istituto garante e non anche dal titolare dell'impresa contraente. Tale assunto è, peraltro, privo di pregio, alla stregua del pacifico orientamento giurisprudenziale (cfr. per tutte, Cons. Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8) secondo cui sono parti necessarie del contratto di fidejussione solo il garante ed il beneficiario della garanzia (nella specie, il Comune appaltante), e non anche il garantito (nella specie l'impresa presentatrice dell'offerta), la cui sottoscrizione non concorre pertanto alla formazione né alla validità del contratto, che rimane efficace tra le parti anche nel caso in cui il garantito non ne sia a conoscenza (art. 1936, 2° comma, cod.civ.).

Né vale, in senso contrario, il richiamo alla circostanza che lo "schema tipo" allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, puntualmente riprodotto nel modulo contrattuale allegato alla domanda di partecipazione alla gara, configuri una struttura contrattuale comportante anche dichiarazioni negoziali di accettazione da parte dell'impresa contraente, trattandosi all'evidenza di elementi aggiuntivi volti a disciplinare i rapporti interni tra garante e garantito ma non tali da condizionare la validità ed efficacia dell'impegno direttamente assunto dal fidejussore nei confronti del beneficiario, né, tanto meno, ad incidere sul contenuto delle obbligazioni solidalmente gravanti ex lege sull'impresa offerente.>

A cura di Sonia Lazzini

T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 10 febbraio 2009, n. 1235

N. 1235/09 Reg. Sent..

N. 2612/2004 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso con motivi aggiunti R.G. n. 2612/2004 proposto dalla ALFA S.n.c., in persona dell'Amministratore Unico, sig. Mario Apone, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Scuderi ed elettivamente domiciliata presso lo studio Tosetto, Weigmann & associati, in Milano, via Durini 5

contro il

Comune di Castiglione Olona, non costituito in giudizio

e nei confronti della

BETA ITALIA S.r.l., in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda A.T.I. tra BETA, BETADUE. e BETATRE S.r.l., in persona dell'Amministratore unico, sig. Paolo Valmori, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Galbiati e Maria Cristina Colombo ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi, in Milano, via Durini 24

per l'annullamento, previa sospensione,

- della determinazione del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune di Castiglione Olona n. 162 del 25 febbraio 2004, di aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. BETA ITALIA S.r.l., BETADUE. e BETATRE S.r.l. dei lavori di ampliamento della scuola elementare di via Salvo D'Acquisto;
- del verbale del 5 febbraio 2004, concernente lo svolgimento delle operazioni di gara e l'aggiudicazione provvisoria;
- della determinazione del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici n. 80 dell'11 febbraio 2004, di aggiudicazione provvisoria dei lavori;
- dell'eventuale contratto sottoscritto tra l'A.T.I. aggiudicataria ed il Comune;
- di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO il ricorso per motivi aggiunti, depositato il 6 maggio 2004;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio della BETA ITALIA S.r.l.;

VISTA la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati, proposta in via incidentale dalla società ricorrente;

VISTA l'istanza di regolamento di competenza della società controinteressata;

VISTA l'ordinanza del T.A.R. Campania – Sede di Salerno n. 56/04 del 6 maggio 2004, recante rigetto dell'istanza cautelare ed ordine di trasmissione del fascicolo al T.A.R. Lombardia – Sede di Milano;

VISTI gli atti di costituzione della ricorrente e della controinteressata dinanzi al T.A.R. Lombardia – Sede di Milano;

VISTO l'atto di notificazione di causa interruttiva del processo, notificato ad opera dei difensori della BETA ITALIA S.r.l.;

VISTA l'ordinanza di questo Tribunale n. 21/08 del 31 gennaio 2008, con cui è stata dichiarata l'interruzione del giudizio;

VISTO il ricorso in riassunzione, depositato dalla ricorrente il 26 marzo 2008;

VISTI tutti gli atti della causa;

NOMINATO relatore alla pubblica udienza del 4 dicembre 2008 il Referendario dr. Pietro De Berardinis ed udito lo stesso;

UDITI, altresì, i difensori presenti delle parti costituite, come da verbale;

RITENUTO in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

La ricorrente, ALFA S.n.c., espone che con deliberazione della Giunta Comunale n. 347 del 23 dicembre 2003, il Comune di Castiglione Olona ha indetto un'asta pubblica per l'affidamento dei lavori di ampliamento della scuola elementare di via Salvo D'Acquisto, approvando contemporaneamente il relativo bando, nonché il disciplinare di gara.

Quest'ultimo tra l'altro prevedeva:

- che, a pena di esclusione, tra la documentazione i concorrenti presentassero la polizza assicurativa in originale relativa alla **cauzione** provvisoria;

- che, sempre a pena di esclusione, le dichiarazioni di cui alle lett. *b)* e *c)* del punto n. 3 del parag. 1 del predetto disciplinare, nonché le dichiarazioni di cui alle lett. *b)* e *c)* dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999, fossero rese pure dai soggetti previsti da tale ultima disposizione.

Il bando specificava, quale termine ultimo per la presentazione delle offerte, le ore 12.00 del 4 febbraio 2004, mentre la seduta pubblica di gara si sarebbe svolta il 5 febbraio 2004.

In esito alla gara risultava aggiudicataria provvisoria l'A.T.I. con capogruppo la BETA ITALIA S.r.l., mentre l'esponente si classificava seconda.

Con successiva determinazione n. 162 del 26 febbraio 2004 il Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del Comune provvedeva all'aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. già risultata aggiudicataria provvisoria.

L'esponente lamenta, però, che l'aggiudicataria avrebbe allegato non l'originale, ma solo una fotocopia autenticata della polizza assicurativa relativa alla **cauzione** provvisoria, e che, peraltro, detta copia sarebbe incompleta e non riporterebbe la sottoscrizione del soggetto obbligato.

Inoltre, le dichiarazioni sostitutive di cui alle lett. *b)* e *c)* del punto n. 3 del paragrafo 1 del disciplinare, nonché quelle di cui alle lett. *b)* e *c)* dell'art. 75, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999 non sarebbero state rese anche dai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, come prescritto dal disciplinare stesso.

Pertanto, la ALFA S.n.c. ha impugnato dinanzi al T.A.R. per la Campania – sede di Salerno l'aggiudicazione, nonché gli altri atti elencati in epigrafe, chiedendone l'annullamento, previa sospensione.

A supporto del gravame ha dedotto le doglianze di:

- violazione del bando e del disciplinare di gara, violazione dell'art. 30 della l. n. 109/1994 (in relazione all'art. 10, comma 1-*quater*, della stessa legge) e dell'art. 100 del d.P.R. n. 554/1999, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto ed erroneità della motivazione, carenza di istruttoria, illogicità, perplessità e sviamento, violazione del principio della *par condicio* tra concorrenti, in quanto la controinteressata avrebbe presentato nei termini una fotocopia (peraltro soltanto parziale) della polizza assicurativa, resa conforme all'originale (prescritto a pena di esclusione), depositando l'originale stesso oltre il termine di gara;
- violazione dell'art. 30 della l. n. 109/1994 e dell'art. 100 del d.P.R. n. 554/1999 in relazione agli artt. 1321 e ss. cc., violazione del bando e del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto ed erroneità della motivazione, carenza di istruttoria, illogicità, perplessità e sviamento, in quanto la fotocopia della polizza allegata agli atti di gara risulterebbe non sottoscritta dalla BETA ITALIA quale soggetto obbligato;
- violazione degli artt. 18 e 19 del d.P.R. n. 445/2000, violazione del bando e del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, nonché erroneità della motivazione e carenza di istruttoria, in quanto l'aggiudicataria non avrebbe potuto utilizzare, per l'autenticazione della copia della polizza, il sistema previsto dall'art. 19 del d.P.R. n. 445/2000;
- violazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 554/1999, violazione di bando e disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, difetto ed erroneità della motivazione, carenza di istruttoria, illogicità, perplessità e sviamento, perché ai sensi del disciplinare di gara, la controinteressata avrebbe dovuto presentare le dichiarazioni sostitutive di cui al punto n. 6 del medesimo disciplinare rese anche dagli amministratori in carica nel triennio precedente al bando.

Si è costituita in giudizio la BETA ITALIA S.r.l., in proprio ed in veste di mandataria dell'A.T.I. tra detta società, la BETADUE. e la BETATRE S.r.l., formulando istanza di regolamento di competenza ed indicando quale Tribunale territorialmente competente il T.A.R. per la Lombardia – Sede di Milano.

Il Comune di Castiglione Olona, sebbene notificato, non si è costituito in giudizio.

Con ricorso per motivi aggiunti depositato il 6 maggio 2004 la ALFA S.n.c. ha formulato la seguente ulteriore doglianza:

- violazione del bando e del disciplinare di gara, violazione degli artt. 18, 19 e 75 del d.P.R. n. 445/2000, dell'art. 30 della l. n. 109/1994 (in relazione all'art. 10, comma 1-^o quater della stessa legge) e dell'art. 100 del d.P.R. n. 554/1999, eccesso di potere per difetto assoluto dei presupposti, abnormità, perplessità e sviamento, nonché violazione del principio della *par condicio* tra concorrenti, poiché la copia della polizza fidejussoria allegata alla documentazione di gara sarebbe diversa in modo macroscopico rispetto all'originale tardivamente depositato.

Nella Camera di Consiglio del 6 maggio 2004, il Collegio, preso atto dell'adesione prestata dalla ricorrente all'istanza di regolamento di competenza e ritenuto che, nelle more dell'invio degli atti al T.A.R. Lombardia, non sussistesse il *periculum in mora*, con ordinanza n. 56/04 ha respinto l'istanza di sospensione, disponendo la trasmissione del fascicolo al T.A.R. Lombardia – Sede di Milano.

Con atti, rispettivamente, del 17 giugno e del 3 giugno 2004 la società ricorrente e la controinteressata si sono costituite in giudizio dinanzi a questo Tribunale.

In data 21 gennaio 2008 i difensori della controinteressata hanno depositato atto di notificazione (effettuata il 19 dicembre 2007) di causa interruttiva del processo, *ex artt.* 24 della l. n. 1034/1971 e 300 c.p.c., tale causa interruttiva essendo costituita dall'intervenuto fallimento della BETA ITALIA S.r.l..

Nella Camera di Consiglio del 31 gennaio 2008 il Collegio, preso atto (anche dalla documentazione depositata in giudizio) del fallimento della BETA ITALIA S.r.l., con ordinanza n. 21/08 ha dichiarato l'interruzione del giudizio.

Con ricorso in riassunzione depositato in data 26 marzo 2008 la ALFA S.n.c. ha provveduto a riassumere il giudizio.

In vista dell'udienza di merito, la ricorrente ha depositato una memoria conclusiva e dei documenti.

All'udienza del 4 dicembre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La società ricorrente impugna gli atti con cui il Comune di Castiglione Olona ha aggiudicato alla controinteressata i lavori di ampliamento della scuola elementare di via Salvo D'Acquisto.

Con il primo motivo di ricorso si duole della mancata esclusione dalla gara della controinteressata per non aver quest'ultima depositato nei termini l'originale della

polizza assicurativa relativa alla **cauzione** provvisoria prevista dall'art. 30 della l. n. 109/1994.

Ed invero – sottolinea la ricorrente – l'esigenza di certezza dell'escussione della **cauzione**, che può essere soddisfatta soltanto con l'allegazione dell'originale della polizza assicurativa, già di per sé comporterebbe l'esclusione dalla gara qualora il suddetto originale non sia tra la documentazione di gara. E ciò tanto più varrebbe nel caso di specie, in cui il disciplinare di gara prevedeva, a pena di esclusione, la allegazione nella busta "A – Documentazione" dell'originale della polizza relativa alla **cauzione** provvisoria (v. il punto n. 5 del parag. 1 del disciplinare).

Né avrebbe alcun valore il successivo deposito dell'originale, in quanto avvenuto oltre il termine ultimo assegnato dalla stazione appaltante.

Per di più la controinteressata (che, avendo depositato una copia conforme, doveva già essere in possesso dell'originale e quindi era tenuta comunque a depositarlo, a pena, in caso contrario di violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti) avrebbe depositato una fotocopia incompleta e che non contiene la sottoscrizione del titolo da parte del soggetto obbligato.

La doglianza deve essere condivisa.

Ed infatti, contrariamente all'avviso della controinteressata, il disciplinare di gara non solo prescriveva l'allegazione della **cauzione** in originale, ma sanzionava in modo esplicito il mancato rispetto di tale prescrizione con l'esclusione dalla gara. Ciò si ricava dalla lettura del parag. 1 del suddetto disciplinare, avente ad oggetto le modalità di presentazione delle offerte e i criteri di ammissibilità delle stesse, lì dove vengono elencati i documenti che devono essere contenuti, a pena – dispone espressamente il disciplinare – di esclusione dalla gara, nella busta "A", ossia la busta contenente la documentazione di gara (mentre la busta "B" è quella relativa all'offerta economica).

Nell'elenco di documenti prescritti a pena di esclusione figura infatti, al punto n. 5, la quietanza del versamento, oppure la fideiussione bancaria, oppure la polizza assicurativa, o ancora la polizza rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale *ex art. 107 del d.lgs. n. 385/1993*, "*in originale relativa alla **cauzione** provvisoria di cui al punto III.1.1) del bando di gara*".

È evidente che, a fronte di una specifica previsione del disciplinare (peraltro non contestata in alcun modo dalla controinteressata), il mancato soddisfacimento nei termini del suindicato onere di produzione del documento in originale, una volta accertato, non poteva che implicare l'esclusione della medesima controinteressata dalla gara.

Né in contrario possono avere alcun rilievo le argomentazioni di quest'ultima, che si incentrano sul tempestivo deposito di una copia-*fax* della polizza, seguito dalla successiva regolarizzazione, con il deposito dell'originale dopo la scadenza del 4 febbraio 2004, ma prima dell'inizio delle operazioni di gara.

In proposito, infatti, va condivisa l'osservazione della ricorrente, secondo cui alla data del 4 febbraio 2004 la BETA ITALIA doveva già essere in possesso dell'originale della polizza (avendo depositato una copia conforme della stessa) e perciò a tale data doveva depositare il suddetto originale, a pena, in caso contrario, di violare tra l'altro il principio della *par condicio competitorum* rispetto agli altri concorrenti che hanno rispettato la prescrizione del bando.

Come recentemente affermato dal Consiglio di Stato in una vicenda per molti versi analoga a quella in esame, un documento prodotto in copia informale nell'ambito di una procedura di gara in cui risulta stabilita la produzione in originale o in copia autentica, è semplicemente un documento non prodotto, senza che sia possibile per la stazione appaltante indagare sulle ragioni di una simile difformità nei confronti del paradigma prefigurato, ed a fronte della mancata impugnazione della clausola di gara che prescriveva siffatta formalità: clausola che, perciò, è indubbio dovesse essere osservata (C.d.S., Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5458).

La conclusione ora esposta – che va condivisa – va ritenuta senz'altro applicabile anche al caso oggetto del gravame, relativo alla produzione di un documento in copia conforme, anziché in originale (come prescritto in via esclusiva).

Si è osservato al riguardo che una tale conclusione non muta neppure a fronte della successiva (e tardiva) produzione dell'originale del documento.

Invero, la produzione postuma di un documento non ha mai l'effetto di sanare in via retroattiva la causa di esclusione, in quanto altrimenti si darebbe luogo ad una non consentita disapplicazione di regole dettate a garanzia dell'imparzialità della procedura e si snaturerebbe la stessa fisionomia delle pubbliche gare (C.d.S., Sez. V, n. 5458/2008, cit.).

Come infatti già osservato, il documento difforme dal paradigma prefigurato dalle regole di gara è un documento non prodotto, senza che siano indagabili le ragioni della difformità.

In ciò non si annida una concezione formalistica dell'esercizio dei poteri pubblici, giacché è proprio la particolare struttura dei procedimenti concorsuali ad impedire di accedere ad un'impostazione partecipativa dell'azione amministrativa, tanto è vero che in simili casi non sono esperibili né il rimedio dell'integrazione – che non si dà nell'ipotesi di documentazione mancante – né quello dell'acquisizione in via ufficiale tra Amministrazioni, che non opera nei procedimenti concorsuali, poiché in questi l'onere di provare il possesso dei requisiti di partecipazione grava sulla parte (C.d.S., Sez V, n. 5458/2008 cit.).

Se ne desume la fondatezza dell'ora visto motivo di ricorso.

Conseguentemente, deve essere accolto anche il quarto motivo, con cui si lamenta che la controinteressata non ha allegato le dichiarazioni sostitutive di cui alle lett. *b)* e *c)* del

punto n. 3 del paragrafo 1 del disciplinare, nonché quelle di cui alle lettere *b)* e *c)* dell'articolo 75, comma 1, del d.P.R. n. 554/1999, rese altresì dai soggetti indicati dal medesimo articolo 75, comma 1, lettere *b)* e *c)*, ossia dagli amministratori in carica nel triennio precedente il bando, come invece dettato, sempre a pena di esclusione, dal punto n. 6 del paragrafo 1 del disciplinare di gara.

Pure a questo proposito, infatti, vale quanto si è ora esposto a dimostrazione della fondatezza del primo motivo di ricorso, trattandosi anche qui dell'inosservanza di un onere, sanzionata dal disciplinare (cui, sullo specifico punto, fa rinvio il paragrafo III.2.1.1) del bando) con l'esclusione dalla gara.

È perciò irrilevante sostenere, come fa la BETA ITALIA S.r.l., che né l'articolo 75 cit., né il bando di gara, né la modulistica ad esso allegata prevedano il rilascio delle dichiarazioni in parola da parte dei soggetti cessati dalle cariche nel triennio precedente al bando stesso.

In merito poi all'obiezione di illogicità della previsione del disciplinare, anche in questo caso si deve dar risalto all'omessa impugnazione della clausola di gara che prescriveva la suindicata formalità: ne deriva la necessità, per la controinteressata, di prestare osservanza alla clausola in discorso.

Si può prescindere dall'esame del terzo motivo di ricorso (considerato il carattere eminentemente formale del rilievo con esso formulato), nonché del motivo dedotto nel ricorso per motivi aggiunti, che sostanzialmente ripropone censure contenute nel primo, nel secondo e nel quarto motivo del ricorso originario.

Un accenno merita invece il secondo motivo del ricorso originario, con il quale si lamenta che la copia della polizza assicurativa allegata dalla controinteressata alla propria offerta sarebbe incompleta e sfornita della firma del soggetto obbligato (a differenza dell'originale tardivamente prodotto).

Invero, dal raffronto tra l'esemplare della copia della polizza prodotto dalla società ricorrente (all. n. 6 al ricorso) e quello prodotto dalla controinteressata (doc. n. 3), si ricava che la ALFA S.n.c. è incorsa in un grosso equivoco, sulla base del quale ha infondatamente affermato che la polizza sarebbe incompleta e priva della firma di una delle parti del contratto.

L'equivoco consiste nel fatto che l'esemplare della copia della polizza in possesso della ricorrente manca di una pagina e precisamente della pagina del contratto (che invece è presente nell'esemplare della BETA ITALIA S.r.l.) dove risultano apposte le sottoscrizioni al contratto-base di ambedue le parti contrattuali.

Peraltro, poiché la ricorrente stessa afferma nei motivi aggiunti di avere ricevuto dal Comune di Castiglione Olona i documenti depositati in giudizio, ciò potrebbe spiegare l'equivoco, risolvendosi il tutto in una trasmissione incompleta dei citati documenti da parte dell'Amministrazione comunale e non essendovi alcun indizio di una

sottoscrizione postuma dell'esemplare della polizza depositato dalla società controinteressata.

Se ne deduce l'infondatezza, per questo verso, del motivo in esame.

A conclusione diversa deve invece pervenirsi per quanto concerne l'appendice del contratto (che forma parte integrante di questo) recante le "*condizioni particolari*" della garanzia, in quanto la copia della polizza versata in atti dalla ricorrente reca stavolta la pagina contenente le "*condizioni particolari*" epperò in detta pagina si rinviene solo la sottoscrizione dell'impresa assicuratrice e non quella del soggetto obbligato.

Sotto questo aspetto, pertanto, la doglianza sarebbe fondata, né in contrario si può richiamare la circostanza che l'esemplare della pagina in discorso depositato dalla controinteressata risulta sottoscritto da ambedue i contraenti, poiché stavolta vi è il dubbio di una sottoscrizione postuma da parte del soggetto obbligato. Senonché, la conseguenza è solo quella di dover espungere dal testo della polizza le "*condizioni particolari*" ad essa aggiunte, ferma restando, però, l'esistenza della polizza stessa e la sua sottoscrizione – almeno quanto al contratto-base – ad opera di ambedue le parti: donde l'inammissibilità, per tal verso, della censura in esame, non ricavando alcun beneficio la ricorrente dal suo accoglimento.

In definitiva, il gravame è fondato, in virtù della fondatezza del primo e del quarto motivo del ricorso originario e con assorbimento del terzo e di quello avanzato con il ricorso per motivi aggiunti.

Per l'effetto, va disposto l'annullamento degli atti e provvedimenti gravati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione Terza, così definitivamente pronunciando sul ricorso originario, nonché su quello per motivi aggiunti indicati in epigrafe, li accoglie.

Condanna le parti soccombenti al pagamento di spese ed onorari di causa, che in via liquida forfettaria in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), più I.V.A. e C.P.A. come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 4 dicembre 2008, con l'intervento dei signori magistrati:

DOMENICO GIORDANO Presidente

PIETRO DE BERARDINIS Giudice, estensore

RAFFAELLO GISONDI Giudice