

Irregolarità nella presentazione della cauzione provvisoria (30 giorni per il pagamento invece dei 15 imposti dall'articolo 75 del codice dei contratti) e relativa esclusione dalla procedura: la giurisprudenza ritiene che la possibilità di regolarizzazione in corso di procedura trovi un limite nel principio della par condicio dei partecipanti alla gara ; sicché non è possibile supplire a mancanze di natura sostanziale, quali quella in cui sono incorse le odierne ricorrenti: **l'indicazione di un termine di adempimento doppio rispetto a quello previsto dal bando incide in maniera non irrilevante sull'interesse della stazione appaltante, e non può dunque considerarsi violazione meramente formale**

Come deve comportarsi la Stazione Appaltante nel caso di garanzia provvisoria prodotta con < polizza fideiussoria non conforme al bando di gara giacché, in luogo della previsione di un termine massimo di 15 giorni per l'effettuazione dei pagamenti, era previsto un termine più ampio pari a trenta giorni?

Risulta dovuta l'esclusione della partecipante. Il bando di gara stabiliva che le imprese concorrenti avrebbero dovuto produrre, a corredo dell'offerta, una cauzione provvisoria pari ad Euro 2.200,00 da costituirsi, fra l'altro, mediante polizza fideiussoria bancaria o assicurativa. Tali polizze avrebbero dovuto prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la loro operatività entro 15 giorni a semplice richiesta scritta del comune. **Si deve concludere pertanto che non appena la polizza è portata a conoscenza del garantito (nel nostro caso il Comune di Seregno) sorge il vincolo a carico della compagnia assicurativa. In tale quadro si comprende bene come non sia possibile aderire alla prospettazione formulata dalle ricorrenti, nella quale si presuppone che il Comune – del tutto irrazionalmente - abbia inteso rinunciare alla immediata efficacia del contratto (che in mancanza di termine iniziale decorre dalla formazione del vincolo), per rinviarla invece ad un momento successivo all'inoltro della sua richiesta di pagamento, rinunciando inoltre alla fissazione di un termine di adempimento per il garante. E' quindi evidente come tale interpretazione sia del tutto illogica. Bisogna pertanto ritenere che il termine di quindici giorni non sia un termine iniziale di efficacia del contratto (nonostante il bando parli di "operatività"), ma che esso sia invece il termine massimo entro il quale deve essere eseguito l'adempimento dell'obbligazione del garante, così come pacificamente ritenuto in sede di interpretazione della norma di cui all'art. 30, comma 2 bis, della legge 10 febbraio 1994 n. 109 (oggi riprodotto nell'art. 75, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), il cui tenore letterale è stato mutuato in ogni sua parte dalla clausola del bando qui in esame. Ne consegue dunque che la polizza fideiussoria depositata in sede di gara dalle ricorrenti, nella quale era previsto un termine di pagamento pari a trenta giorni, non può ritenersi conforme alle prescrizioni impartite dal bando, e che quindi deve ritenersi corretto l'operato dell'amministrazione la quale, constatata tale difformità, ha disposto l'esclusione delle ricorrenti stesse dalla procedura concorsuale.**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1966 del 24 marzo 2009, emessa dal Tar Lombardia, Milano

Questi i motivi del ricorso

La ricorrente impugna i provvedimenti che hanno disposto la sua esclusione dalla gara volta all'aggiudicazione del contratto innanzi indicato, motivati dalla non conformità della polizza fideiussoria prodotta con le previsioni del bando: invero, mentre quest'ultimo disponeva che le garanzie in favore dell'amministrazione dovessero prevedere un termine massimo di pagamento di quindici giorni, la polizza depositata dalla ricorrente prevedeva, a dire dell'amministrazione, il termine più ampio di trenta giorni.

Le ricorrenti, inoltre, impugnano il provvedimento (non conosciuto all'epoca della proposizione del ricorso, ma effettivamente sussistente) con il quale l'amministrazione ha disposto la proroga del contratto in essere.

2. Con riferimento all'esclusione dalla gara le interessate sollevano tre motivi di censura strettamente connessi.

Deducono, in particolare, che l'autorità amministrativa sarebbe incorsa in una errata interpretazione del bando di gara e della polizza fideiussoria da esse prodotta. Il bando di gara stabiliva infatti che le garanzie presentate dai partecipanti dovessero prevedere un termine di operatività non superiore a quindici giorni dalla semplice richiesta scritta del comune: a tale prescrizione si sarebbe a loro dire pienamente conformata la polizza fideiussoria da esse depositata la quale, non prevedendo alcun termine dilatorio, doveva ritenersi immediatamente operativa.

Senza contare che il termine di quindici giorni, previsto dal bando medesimo, non potrebbe, secondo le interessate, considerarsi quale termine massimo, e che dunque l'amministrazione avrebbe dato alla clausola una interpretazione eccessivamente restrittiva.

Le ricorrenti deducono ancora la violazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 157/95, posto che il Comune non avrebbe tenuto conto che, dopo i rilievi sollevati dalla Commissione, veniva depositata una appendice di polizza, recante a loro dire una interpretazione autentica della clausola contestata, nella quale la compagnia assicurativa chiariva definitivamente che il pagamento sarebbe avvenuto entro e non oltre 15 giorni dalla richiesta dell'Ente. In applicazione della succitata norma, che prevede la possibilità di regolarizzazione documentale in corso di gara, e tenuto conto dei principi di favor per la più ampia partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, si dovrebbe ritenere del tutto illegittima la disposta esclusione.

Questo il parere dell'adito giudice amministrativo

Ritiene il Collegio che le doglianze illustrate siano infondate.

Il bando di gara stabiliva che le imprese concorrenti avrebbero dovuto produrre, a corredo dell'offerta, una cauzione provvisoria pari ad Euro 2.200,00 da costituirsi, fra l'altro, mediante polizza fideiussoria bancaria o assicurativa. Tali polizze avrebbero dovuto prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la loro operatività entro 15 giorni a semplice richiesta scritta del comune.

La polizza fideiussoria è un contratto che racchiude in sé una doppia causa: quella dell'assicurazione, che attiene al rapporto fra debitore principale e garante, e quello della garanzia, che attiene invece al rapporto fra garante e garantito. In particolare, con riferimento a tale ultimo rapporto, si deve osservare che con tale negozio si pone in essere una vera e propria garanzia autonoma in favore del creditore, la quale, pur presentando elementi di stretta affinità con la fideiussione, se ne differenzia in ragione del fatto che mentre il fideiussore può opporre al garantito le eccezioni che si fondano sul rapporto principale intercorrente fra debitore e creditore, nella garanzia autonoma tali eccezioni non possono invece essere opposte, salva la possibilità di ripetizione di quanto corrisposto indebitamente. Nonostante l'esistenza di tali differenze, si ritiene che la disciplina della garanzia autonoma vada comunque ricercata nelle norme (in quanto compatibili) che riguardano la fideiussione, attesa la affinità funzionale fra i due negozi entrambi finalizzati a garantire l'adempimento di una obbligazione principale.

Ciò premesso si deve osservare che la struttura dei negozi di garanzia (e dunque anche della polizza fideiussoria, perlomeno con riferimento al rapporto fra assicuratore e garantito) è essenzialmente

unilaterale giacché in essi vi è un unico obbligato: il garante. Ne discende che tali negozi si perfezionano secondo lo schema previsto dall'art. 1333, comma 1, del codice civile, in base al quale "la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata".

Si deve concludere pertanto che non appena la polizza è portata a conoscenza del garantito (nel nostro caso il Comune di Seregno) sorge il vincolo a carico della compagnia assicurativa (cfr. C.d.S. Ad. plen. 04/10/2005 n. 8; C.d.S., sez. VI, 28/02/2006 n. 863).

In tale quadro si comprende bene come non sia possibile aderire alla prospettazione formulata dalle ricorrenti, nella quale si presuppone che il Comune – del tutto irrazionalmente - abbia inteso rinunciare alla immediata efficacia del contratto (che in mancanza di termine iniziale decorre dalla formazione del vincolo), per rinviarla invece ad un momento successivo all'inoltro della sua richiesta di pagamento, rinunciando inoltre alla fissazione di un termine di adempimento per il garante.

E' quindi evidente come tale interpretazione sia del tutto illogica.

Bisogna pertanto ritenere che il termine di quindici giorni non sia un termine iniziale di efficacia del contratto (nonostante il bando parli di "operatività"), ma che esso sia invece il termine massimo entro il quale deve essere eseguito l'adempimento dell'obbligazione del garante, così come pacificamente ritenuto in sede di interpretazione della norma di cui all'art. 30, comma 2 bis, della legge 10 febbraio 1994 n. 109 (oggi riprodotto nell'art. 75, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), il cui tenore letterale è stato mutuato in ogni sua parte dalla clausola del bando qui in esame.

Ne consegue dunque che la polizza fideiussoria depositata in sede di gara dalle ricorrenti, nella quale era previsto un termine di pagamento pari a trenta giorni, non può ritenersi conforme alle prescrizioni impartite dal bando, e che quindi deve ritenersi corretto l'operato dell'amministrazione la quale, constatata tale difformità, ha disposto l'esclusione delle ricorrenti stesse dalla procedura concorsuale. >

Si può essere possibilità di integrazione postuma?

A diverse conclusioni non può portare l'applicazione dell'art 16 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157.

Tale norma (attualmente non più in vigore, ma vigente all'epoca dei fatti) dispone che "nei limiti previsti dagli articoli 12, comma 1, 13, 14, e 15, le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

La giurisprudenza ritiene che la possibilità di regolarizzazione in corso di procedura trovi un limite nel principio della par condicio dei partecipanti alla gara (cfr. C.d.S. sez. V, 25/07/2007 n. 3645; id., 06/03/2006 n. 1068; TAR Liguria Genova, sez. I, 20/04/2007 n. 626); sicché non è possibile supplire a mancanze di natura sostanziale, quali quella in cui sono incorse le odierne ricorrenti: l'indicazione di un termine di adempimento doppio rispetto a quello previsto dal bando incide in maniera non irrilevante sull'interesse della stazione appaltante, e non può dunque considerarsi violazione meramente formale.

Né si può condividere l'assunto che l'appendice prodotta abbia natura meramente interpretativa atteso che essa, introducendo un nuovo e più breve termine di adempimento, ha sostanzialmente modificato il contenuto della clausola.

Le cesure prospettate non possono quindi trovare accoglimento.>

Si legga anche

Contrastante parere del Consiglio di Stato avverso un'esclusione, considerata legittima in primo grado, per aver un'impresa presentato una fideiussione provvisoria la cui operatività fosse prevista <a semplice richiesta scritta **dopo 15 giorni lavorativi bancari**>: fondamentale è, per il noto principio della par condicio, che le diverse clausole non comportino un risparmio per l'impresa partecipante tale da poterne alterare i termini dell'offerta

Qual è il parere quindi del Supremo giudice amministrativo < A fronte di un disciplinare di gara che preveda < a pena di esclusione che la cauzione provvisoria in caso di fideiussione bancaria o polizza assicurativa “doveva prevedere la sua operatività, entro quindici giorni, su semplice richiesta scritta della Consip senza eccezioni opponibili a questa”, può essere accettata una fideiussione che invece contempli l'operatività della stessa <entro 15 giorni lavorativi bancari dal ricevimento della sottoindicata richiesta>?.

**LA FIDEIUSSIONE DEVE ESSERE ACCETTATA: può condividersi che la stessa clausola del disciplinare, assunta nella sua complessiva formulazione, può e deve essere intesa, per la sua particolare natura, anche alla luce del principio del favor participationis, come non comminante un'esclusione rigidamente collegata alla previsione, nel contratto fideiussorio, di un termine in ogni caso difforme da quello indicato in “15 giorni”.** In altri termini l'esclusione, a ben vedere il disciplinare, è comminata per il mancato inserimento, nella busta A “Documenti”, della documentazione relativa alla “cauzione provvisoria”, per un certo ammontare, con una certa scadenza, da prestarsi con modalità determinate. Tra queste ultime, nel caso della modalità di prestazione della fideiussione bancaria, è posta la previsione di “operatività” entro quindici giorni. Si deve allora ritenere che la prestazione di una cauzione per via fideiussoria che sia rispettosa di tutti tali criteri modali ma che comporti, in relazione al modo in cui l'istituto bancario garante ha inteso il computo dei termini di 15 giorni previsto dal disciplinare, uno scostamento delimitato a pochi giorni (da sei a otto) della “operatività” della stessa garanzia, non possa ritenersi difforme dalla clausola del disciplinare in grado tale da comportare l'esclusione. Quest'ultima si collega alla mancata documentazione della cauzione ovvero ad un suo contenuto, sostanzialmente violativo delle condizioni previste dallo stesso disciplinare, che comporti sia una vanificazione dell'interesse della stazione appaltante a imporre una seria misura di garanzia, di rapida e agevole realizzazione, **sia una violazione della par condicio, nel senso che l'alterazione di contenuto della fideiussione, rispetto a quanto prescritto, sia tale da consentire al concorrente garantito un sostanziale vantaggio di costi rispetto alle altre imprese partecipanti.** Nessuna di queste condizioni ostative può invece dirsi verificata o comunque dimostrata nel caso in esame, apparendo evidente che il limitato scostamento del momento di realizzazione eventuale della garanzia non può dirsi ledere l'interesse principale dell'amministrazione, comunque supportato da una consistente certezza di positivo incameramento e, per di più, pur sempre in un termine ragionevolmente breve, mentre, dall'altra parte, **non risulta che il metodo di computo previsto nel contratto fideiussorio in questione abbia comportato, per la ricorrente, un risparmio di costi, rispetto al pari importo garantito con l'utilizzazione del corretto metodo di computo del termine, in misura tale da avvantaggiarla sostanzialmente sulle altre concorrenti**

In conclusione quindi, nella decisione numero 1058 del 23 febbraio 2009, inviata per la pubblicazione in data 26 febbraio 2009, il Consiglio di Stato ci insegna che:

2. L'appello può però trovare accoglimento sul punto della conformità della cauzione all'art.2 del disciplinare di gara, secondo dei motivi aggiunti “incidental” proposti dalla controinteressata e condiviso dal Tar.

2.1. Il significato di detta clausola, relativamente al modo in cui intendere il termine di 15 giorni quale periodo massimo di realizzazione dell'incameramento della cauzione, è stato correttamente riferito ai giorni solari (e non al concetto particolare di “giorni lavorativi bancari”) dal primo giudice, atteso che, in mancanza di diverse indicazioni contenute nel testo della lex specialis, questo è il significato normale e naturale con cui intendere il vocabolo “giorni”, secondo il sistema di computo ordinario dei termini

derivante dalle norme di principio della materia, quali correttamente individuate dal primo giudice negli artt.2963 c.c. e 155 c.p.c.; questi delineano un metodo di computo che è applicabile in via generale e che non lascia spazio ad un'integrazione extratestuale riferita alla specifica pratica degli affari del soggetto bancario (o assicurativo) che presta la garanzia.

Dall'organizzazione e prassi di lavoro del soggetto imprenditoriale garante, in mancanza di diverse precisazioni esplicite, non può farsi derivare una deroga al significato, normativamente stabilito, di un'indicazione temporale circa l'ampiezza di un termine, essendo tale imprenditore, come qualunque altro soggetto dell'ordinamento implicato in attività negoziale, destinatario naturale delle normali regole di principio civilistiche.

ED ANCORA

**In questo contesto, non essendo in gioco i superiori interessi della par condicio e dell'amministrazione, il canone ermeneutico del favor participationis consente di ritenere che, alla luce della ratio attribuibile alla complessiva formulazione della clausola del disciplinare, lo scostamento del termine dalla previsione letterale che lo riguarda sia ininfluenza, collocandosi, per la sua concreta non lesività degli interessi sostanziali tutelati dalla clausola, sul versante delle mere irregolarità, non ricadenti quindi nell'ambito della previsione di esclusione correttamente intesa.**

A cura di Sonia Lazzini

**T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 24 marzo 2009, n. 1966**

N. 1966/09 Reg. Sent.

N. 930/04 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 n. 930/04 proposto da ATI ALFA s.n.c., in persona del rappresentante *pro tempore*, (capogruppo) e da ALFADUE s.r.l., in persona del rappresentante *pro tempore* (associata), entrambe rappresentate e difese dall'avvocato Patrizia Stallone ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Simona Bonalumi in Milano, Corso di Porta Romana n. 120;

**contro**

- Comune di Seregno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Colombo ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Marcello Meoli in Milano, Via Adige n. 12;

- Dirigente del Settore Organizzazione e Gestione Risorse Umane del Comune di Seregno, non costituito;

**e nei confronti di**

Croce Bianca Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

**per l'annullamento**

- delle operazioni di gara risultanti dal verbale del 16 dicembre 2003 nella parte in cui la Commissione incaricata dell'espletamento del pubblico incanto ha escluso l'Ati ricorrente dalla gara;

- della nota prot. n. 3293 datata 20 gennaio 2004 con la quale è stato comunicato all'ATI ricorrente che con determinazione del Dirigente del Settore Organizzazione e Gestione Risorse Umane n. 1113 del 19.12.2004 sono stati approvati i verbali di gara relativi all'asta pubblica in oggetto svoltasi in I seduta il 20.11.2003 e in II seduta in data 16.1.2003 e che la ditta ricorrente è stata esclusa;

- della determinazione del Dirigente del Settore Organizzazione e Gestione Risorse Umane n. 1113 del 19.12.2003 richiamata nella nota prot. N. 3293 del 20 gennaio 2004 con la quale sono stati approvati i verbali di gara relativi all'asta pubblica voltasi in prima seduta in data 20 novembre 2003 ed in seconda seduta in data 16 dicembre 2003;

- degli atti presupposti ed in particolare del verbale di gara del 20.11.2003 nella parte in cui si è rilevata la irregolarità della polizza fideiussoria prodotta dall'Ati ricorrente;

e per il risarcimento del danno per equivalente

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Seregno;

VISTE le memorie depositate in giudizio dalle parti;

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 19 febbraio 2009 il ref. Stefano Cozzi;

Uditi l'avv. P. Stallone per le ricorrenti e l'avv. Beacco, in delega, per l'amministrazione resistente;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

### **FATTO**

Il Comune di Seregno, con bando pubblicato in data 26 settembre 2003, ha indetto gara pubblica per l'affidamento del "servizio di trasporti continuativi ed occasionali con mezzi attrezzati (anche ambulanze) e non attrezzati, in Seregno e fuori Seregno, per persone diversamente abili o in situazioni di particolare necessità. Periodo 1.1.2004 – 31.12.2005".

Hanno partecipato alla gara, oltre all'Ati Ricorrente, due associazioni di volontariato: La Seregno Soccorso e la Croce Bianca Milano.

Nella seduta del 20 novembre 2003, la Commissione di gara rilevava la sussistenza di talune irregolarità afferenti alle posizioni di tutte e tre le concorrenti che facevano insorgere il dubbio circa la necessità di disporre la esclusione delle stesse dall'incanto.

In particolare, con riferimento alle posizioni delle succitate associazioni di volontariato, si rilevava che queste non avevano prodotto il certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A.; mentre, per ciò che concerne le ricorrenti, la Commissione evidenziava che la polizza fideiussoria prodotta non era conforme al bando di gara giacché, in luogo della previsione di un termine massimo di 15 giorni per l'effettuazione dei pagamenti, era previsto un termine più ampio pari a trenta giorni.

In ragione di tali rilievi, la Commissione aggiudicatrice sospendeva la seduta al fine di acquisire un parere legale.

Espletato l'approfondimento istruttorio, la Commissione si riuniva nuovamente in data 16 dicembre 2004 e disponeva l'esclusione dalla gara di tutte le partecipanti.

I verbali di gara venivano approvati dall'amministrazione resistente con provvedimento del Dirigente del Settore Organizzazione e Gestione Risorse Umane n. 1113 del 19.12.2003; successivamente, con nota datata 20 gennaio 2004, l'esclusione disposta veniva portata a conoscenza delle interessate.

Il ricorso in esame è diretto contro tali provvedimenti. Le ricorrenti censurano inoltre il provvedimento con il quale l'amministrazione intimata (considerato l'esito infruttuoso della gara) ha deciso di prorogare il contratto in essere.

Si è costituito in Giudizio il Comune di Seregno, per opporsi all'accoglimento del gravame.

Con ordinanza n. 641 del 4 marzo 2004, la Sezione ha rigettato l'istanza di sospensione cautelare degli effetti dei provvedimenti impugnati.

In prossimità dell'udienza di discussione del merito, il Comune di Seregno ha depositato memoria, insistendo nelle proprie conclusioni.

Tenutasi la pubblica udienza in data 19 febbraio 2009, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

## **DIRITTO**

**1.** La ricorrente impugna i provvedimenti che hanno disposto la sua esclusione dalla gara volta all'aggiudicazione del contratto innanzi indicato, motivati dalla non conformità della polizza fideiussoria prodotta con le previsioni del bando: invero, mentre quest'ultimo disponeva che le garanzie in favore dell'amministrazione dovessero prevedere un termine massimo di pagamento di quindici giorni, la polizza depositata dalla ricorrente prevedeva, a dire dell'amministrazione, il termine più ampio di trenta giorni.

Le ricorrenti, inoltre, impugnano il provvedimento (non conosciuto all'epoca della proposizione del ricorso, ma effettivamente sussistente) con il quale l'amministrazione ha disposto la proroga del contratto in essere.

**2.** Con riferimento all'esclusione dalla gara le interessate sollevano tre motivi di censura strettamente connessi.

Deducono, in particolare, che l'autorità amministrativa sarebbe incorsa in una errata interpretazione del bando di gara e della polizza fideiussoria da esse prodotta. Il bando di gara stabiliva infatti che le garanzie presentate dai partecipanti dovessero prevedere un termine di operatività non superiore a quindici giorni dalla semplice richiesta scritta del comune: a tale prescrizione si sarebbe a loro dire pienamente conformata la polizza fideiussoria da esse depositata la quale, non prevedendo alcun termine dilatorio, doveva ritenersi immediatamente operativa.

Senza contare che il termine di quindici giorni, previsto dal bando medesimo, non potrebbe, secondo le interessate, considerarsi quale termine massimo, e che dunque l'amministrazione avrebbe dato alla clausola una interpretazione eccessivamente restrittiva.

Le ricorrenti deducono ancora la violazione dell'art. 16 del d.lgs. n. 157/95, posto che il Comune non avrebbe tenuto conto che, dopo i rilievi sollevati dalla Commissione, veniva depositata una appendice di polizza, recante a loro dire una interpretazione autentica della clausola contestata, nella quale la compagnia assicurativa chiariva



definitivamente che il pagamento sarebbe avvenuto entro e non oltre 15 giorni dalla richiesta dell'Ente. In applicazione della succitata norma, che prevede la possibilità di regolarizzazione documentale in corso di gara, e tenuto conto dei principi di *favor* per la più ampia partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, si dovrebbe ritenere del tutto illegittima la disposta esclusione.

**2.1.** Ritiene il Collegio che le doglianze illustrate siano infondate.

Il bando di gara stabiliva che le imprese concorrenti avrebbero dovuto produrre, a corredo dell'offerta, una **cauzione** provvisoria pari ad Euro 2.200,00 da costituirsi, fra l'altro, mediante polizza fideiussoria bancaria o assicurativa. Tali polizze avrebbero dovuto prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la loro operatività entro 15 giorni a semplice richiesta scritta del comune.

La polizza fideiussoria è un contratto che racchiude in sé una doppia causa: quella dell'assicurazione, che attiene al rapporto fra debitore principale e garante, e quello della garanzia, che attiene invece al rapporto fra garante e garantito. In particolare, con riferimento a tale ultimo rapporto, si deve osservare che con tale negozio si pone in essere una vera e propria garanzia autonoma in favore del creditore, la quale, pur presentando elementi di stretta affinità con la fideiussione, se ne differenzia in ragione del fatto che mentre il fideiussore può opporre al garantito le eccezioni che si fondano sul rapporto principale intercorrente fra debitore e creditore, nella garanzia autonoma tali eccezioni non possono invece essere opposte, salva la possibilità di ripetizione di quanto corrisposto indebitamente. Nonostante l'esistenza di tali differenze, si ritiene che la disciplina della garanzia autonoma vada comunque ricercata nelle norme (in quanto compatibili) che riguardano la fideiussione, attesa la affinità funzionale fra i due negozi entrambi finalizzati a garantire l'adempimento di una obbligazione principale.

Ciò premesso si deve osservare che la struttura dei negozi di garanzia (e dunque anche della polizza fideiussoria, perlomeno con riferimento al rapporto fra assicuratore e garantito) è essenzialmente unilaterale giacché in essi vi è un unico obbligato: il garante. Ne discende che tali negozi si perfezionano secondo lo schema previsto dall'art. 1333, comma 1, del codice civile, in base al quale *“la proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata”*.

Si deve concludere pertanto che non appena la polizza è portata a conoscenza del garantito (nel nostro caso il Comune di Seregno) sorge il vincolo a carico della compagnia assicurativa (cfr. C.d.S. Ad. plen. 04/10/2005 n. 8; C.d.S., sez. VI, 28/02/2006 n. 863).

In tale quadro si comprende bene come non sia possibile aderire alla prospettazione formulata dalle ricorrenti, nella quale si presuppone che il Comune – del tutto irrazionalmente - abbia inteso rinunciare alla immediata efficacia del contratto (che in mancanza di termine iniziale decorre dalla formazione del vincolo), per rinviarla invece

ad un momento successivo all'inoltro della sua richiesta di pagamento, rinunciando inoltre alla fissazione di un termine di adempimento per il garante.

E' quindi evidente come tale interpretazione sia del tutto illogica.

Bisogna pertanto ritenere che il termine di quindici giorni non sia un termine iniziale di efficacia del contratto (nonostante il bando parli di "operatività"), ma che esso sia invece il termine massimo entro il quale deve essere eseguito l'adempimento dell'obbligazione del garante, così come pacificamente ritenuto in sede di interpretazione della norma di cui all'art. 30, comma 2 *bis*, della legge 10 febbraio 1994 n. 109 (oggi riprodotto nell'art. 75, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), il cui tenore letterale è stato mutuato in ogni sua parte dalla clausola del bando qui in esame.

Ne consegue dunque che la polizza fideiussoria depositata in sede di gara dalle ricorrenti, nella quale era previsto un termine di pagamento pari a trenta giorni, non può ritenersi conforme alle prescrizioni impartite dal bando, e che quindi deve ritenersi corretto l'operato dell'amministrazione la quale, constatata tale difformità, ha disposto l'esclusione delle ricorrenti stesse dalla procedura concorsuale.

A diverse conclusioni non può portare l'applicazione dell'art 16 del d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157.

Tale norma (attualmente non più in vigore, ma vigente all'epoca dei fatti) dispone che *"nei limiti previsti dagli articoli 12, comma 1, 13, 14, e 15, le amministrazioni aggiudicatrici invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"*.

La giurisprudenza ritiene che la possibilità di regolarizzazione in corso di procedura trovi un limite nel principio della *par condicio* dei partecipanti alla gara (cfr. C.d.S. sez. V, 25/07/2007 n. 3645; id., 06/03/2006 n. 1068; TAR Liguria Genova, sez. I, 20/04/2007 n. 626); sicché non è possibile supplire a mancanze di natura sostanziale, quali quella in cui sono incorse le odierne ricorrenti: l'indicazione di un termine di adempimento doppio rispetto a quello previsto dal bando incide in maniera non irrilevante sull'interesse della stazione appaltante, e non può dunque considerarsi violazione meramente formale.

Né si può condividere l'assunto che l'appendice prodotta abbia natura meramente interpretativa atteso che essa, introducendo un nuovo e più breve termine di adempimento, ha sostanzialmente modificato il contenuto della clausola.

Le cesure prospettate non possono quindi trovare accoglimento.

**3.** Come anticipato, le ricorrenti impugnano anche il provvedimento con il quale l'amministrazione avrebbe disposto il rinnovo del contratto in essere, deducendo la violazione degli artt. 26 e 27 della legge n.488/94, i quali prevedono che il rinnovo dei contratti delle pubbliche amministrazioni possa avvenire a condizioni molto precise.

Stabilisce in particolare il comma 6 del succitato art. 27 della legge 23 dicembre 1999 n. 488 (oggi abrogato dall'art. 3, comma 166, della legge 24 dicembre 2003 n. 350) che *“I contratti per acquisti e forniture di beni e servizi delle amministrazioni statali, stipulati a seguito di esperimento di gara, in scadenza nel triennio 2000-2002, possono essere rinnovati per una sola volta e per un periodo non superiore a due anni, a condizione che il fornitore assicuri una riduzione del corrispettivo di almeno il 3 per cento, fermo restando il rimanente contenuto del contratto”*.

A prescindere da ogni considerazione circa l'applicabilità o meno di tale specifica norma al caso in esame (diverse erano comunque le disposizioni che imponevano limiti alla possibilità di rinnovo dei contratti delle p.a., possibilità oggi addirittura preclusa dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62), si deve osservare come essa non incida sulla facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere alla trattativa privata nei casi consentiti dalla legge (cfr. TAR Campania Napoli, sez. I, 18/04/2007 n. 4063).

In altre parole, la disposizione in esame (così come tutte le altre disposizioni analoghe) è in sostanza diretta ad autorizzare il ricorso al rinnovo dei contratti in presenza di determinate condizioni di convenienza economica per la pubblica amministrazione, al ricorrere delle quali si può prescindere dall'esperimento di una procedura concorsuale, indipendentemente dall'esistenza delle condizioni previste dalla legge per la trattativa privata. Quest'ultima tuttavia non è stata espunta dall'ordinamento; sicché sussistendone i presupposti ben possono le amministrazioni pubbliche far ricorso ad essa: in particolare vi possono far ricorso, ai sensi dell'art 41, n. 5, del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 (ed oggi dell'art. 57, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006) in presenza di ragioni di urgenza non compatibili con i termini imposti dalle procedure di evidenza pubblica (cfr. TAR Puglia Lecce, sez. II, 02/05/2003 n. 2851).

Ciò premesso si deve rilevare che il Comune di Seregno, con la determinazione del Responsabile di Settore n. 1180 del 30 dicembre 2003, ha disposto una breve proroga del contratto in essere in ragione dell'esito infruttuoso della procedura di gara espletata, in attesa di attivare una nuova procedura selettiva. E' evidente come in tale situazione ricorressero gli elementi di urgenza che consentono il ricorso alla trattativa privata giacché, nelle more dell'espletamento della nuova gara, doveva comunque essere assicurata la continuità del servizio.

**4.** Per le motivazioni sopra evidenziate il ricorso deve essere respinto.

**5.** Le spese seguono la regola generale della soccombenza.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna le ricorrenti a rifondere all'amministrazione intimata le spese di lite che vengono quantificate in Euro 2.000,00, oltre IVA e C.P.A.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 19 febbraio 2009, con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano - Presidente

Stefano Cozzi - Referendario est.

Raffaello Gisondi - Referendario

R.G. 930/2004

>