

Pur in mancanza dell'aggettivo "semplice" nella clausola di richiesta di escussione di una polizza provvisoria, in presenza però della rinuncia al beneficio della preventiva escussione, la fideiussione riveste, comunque, le caratteristiche del <contratto autonomo di garanzia>, non informato a vincolo di accessorietà con l'obbligazione principale (e delle cui vicende non risente in senso limitativo del diritto a conseguire il risarcimento)

Breve rassegna giurisprudenziale sul tema (e sul ruolo) della clausola <a semplice richiesta scritta> delle polizze fideiussorie

Il beneficio dell'esonero dalla preventiva escussione, previsto a favore dell'Amministrazione, ha lo scopo di non onerare la PA dal richiedere l'adempimento al debitore prima di potersi rivolgere, al medesimo fine, al garante

Come in altre occasioni, i giudici amministrativi siciliani ci offrono una sentenza in tema di cauzioni negli appalti pubblici che sicuramente riuscirà a rendere perplessi alcuni operatori

Infatti con la sentenza numero 119 dell' 11 luglio 2005 il Tar Sicilia, Sezione Terza di Palermo afferma che:

< l'omissione della dizione "semplice" prima della parola "richiesta" nell'art. 4 della polizza prodotta in sede di gara dalla ricorrente ,non è suscettibile di ledere alcun interesse dell'Amministrazione, ma è, al contrario, conforme al bando di gara ed agli interessi pubblici che con la sua formulazione il Comune ha inteso tutelare

in quanto

l'art. 4 della suddetta polizza consente al Comune di ottenere dal garante quanto è dovuto, in caso di inadempimento del garantito, soltanto mediante l'invio di una lettera raccomandata alla sede legale del garante stesso, senza che siano configurabili oneri diversi da quello appena citato (come prevede anche il citato D.M. 123/2004).>

Andiamo a capire sulla base di quale ragionamento l'adito giudice è giunto ad una tale affermazione che significa un grosso "DOLORE" per le Compagnie di assicurazioni che si sono sempre ritenute <protette>, in alcune circostanze, dalla mancanza di previsione, nelle proprie polizze, dell'obbligo di pagare quanto dovuto al ricevimento della semplice richiesta scritta del beneficiario.

Una ditta viene esclusa da un appalto di servizi in quanto la polizza provvisoria non reca l'aggettivo semplice, vicino a richiesta scritta.

Ora pur essendo un appalto di servizi, la motivazione dell'esclusione si basa sul fatto che <la polizza assicurativa non riporta la clausola "a semplice" richiesta scritta della stazione appaltante così come previsto dall'art. 30 comma 2 bis della L. 10994 e successive modifiche e integrazioni ed **espressamente richiesto dal bando di gara**>

Ora la prima considerazione da fare è la seguente:

Soltanto il fatto che tale clausola fosse esplicitamente richiesta dal bando, legittimerebbe un'eventuale esclusione:

debbono infatti ricordare che, mentre per gli appalti di lavori, i relativi obblighi assicurativi sono riportati nella normativa di settore (art 30 della L. 109/94 s.m.i. e

dall'articolo 100 al 107 del D.p.r. 554/99), e quindi devono essere noti alle ditte partecipanti,

soltanto la volontà esplicitata sul bando rende palese quali sono gli obblighi in un appalto di servizi (o di forniture) in quanto i relativi decreti legislativi (sopra soglia) o la norma di contabilità di Stato (sotto soglia), nulla menzionano a riguardo, lasciando quindi alla piena discrezionalità della stazione appaltante, la richiesta relativa alle garanzie da prestare.

Il ricorso della ditta esclusa parte dal seguente presupposto:

La polizza presentata non reca, è vero, la parola "semplice" dopo "richiesta", ma ciò non implica mancata copertura fideiussoria, in quanto la polizza non contrasterebbe con l'art. 30 comma 2 bis L. 10994.

Infatti, l'art. 4 delle condizioni di polizza reca espressa dicitura per cui il pagamento delle somme dovute in base alla polizza stessa deve essere effettuato entro quindici giorni dal ricevimento della richiesta scritta da parte dell'Ente garantito, ed inoltre la garante Società di assicurazioni non godrà del beneficio di preventiva escussione dell'obbligato ai sensi dell'art. 1944 c.c.

L'adito giudice amministrativo nel considerare in maniera positiva tale asserzione, si sofferma sul contenuto del Dm 123/2004

< La previsione del bando qui in esame è aderente a quanto disposto dall'art. 4 D.M. 1232004, che ha il seguente tenore: "Escussione della garanzia-
Il Garante pagherà l'importo dovuto dal Contraente entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante inviata per conoscenza anche al Contraente, presentata in conformità del successivo art. 6 (ossia con lettera raccomandata indirizzata alla sede del garante) e contenente gli elementi in suo possesso per l'escussione della garanzia. Il Garante non godrà del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. Restano salve le azioni di legge nel caso che le somme pagate dal Garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute.">

Cio' che è importante notare quale funzione il giudice considera dare a tale clausola:

<La clausola in questione, da apporre al negozio avente funzione di garanzia, serve pertanto

ad evitare che il Comune, in caso di violazione degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara da parte dell'impresa, sia onerato, per conseguire il risarcimento, del preventivo esperimento di un'azione giudiziaria, per sua natura recante un certo margine di aleatorietà,

e

che, in ogni caso, per salvaguardare i propri diritti, l'Amministrazione sia costretta ad affrontare formalità più gravose che non l'invio di una semplice lettera raccomandata indirizzata alla sede legale del soggetto garante; formalità che, se non rispettate appieno, o non precedute da altri adempimenti preliminari, rendano tale richiesta più difficoltosa e meno certa nei suoi esiti>

ma vi è di più.

Il successivo ragionamento del giudice è il seguente:

Ciò è confermato dalla parallela previsione, contenuta sia nella medesima clausola del bando che nel citato D.M. 123/2004, del beneficio dell'esonero dalla preventiva escussione, previsto a favore dell'Amministrazione, la quale, per effetto di esso, non sarà neppure onerata di richiedere l'adempimento al debitore prima di potersi rivolgere, al medesimo fine, al garante

Allora

l'omissione della parola "semplice" nel formulario predisposto dal garante, e sottoscritto dalla ricorrente, non può elidere la causa della clausola, come sopra evidenziata >

cioè, l'abbinamento della richiesta scritta con il beneficio della preventiva escussione è sufficiente per dimostrare, nel caso di specie, la regolarità della polizza.

Ancora:

Attenzione alle successive parole:

<essendo presente nell'art. 4 della polizza prodotta in sede di gara dalla ricorrente, la previsione per cui il pagamento dovuto dal garante sarà effettuato entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta scritta dell'Ente garantito, è evidente che, in caso di inadempimento, il Comune non sarà onerato alla proposizione di preventiva azione giudiziaria o di altre formalità, ma potrà ottenere il risarcimento previa semplice lettera raccomandata inviata al garante;

in altri termini, l'Amministrazione, ove ciò si renda necessario,

potrà agevolmente esercitare i propri diritti verso il garante, mercè

la sola segnalazione dell'inadempimento mediante lettera raccomandata>

ove riteniamo, per <sola segnalazione> NON si intende che il beneficiario debba dimostrare la fondatezza del proprio diritto.

All'adito giudice amministrativo non piacciono nemmeno i motivi per cui l'Amministrazione ha inteso escludere la ricorrente dalla procedura.

Andiamo a sviscerare i motivi adottati dalla parte resistente:

< Le parti resistenti, nei rispettivi scritti difensivi, hanno evidenziato le differenze sostanziali tra il negozio fideiussorio e le garanzie atipiche, quali l'assicurazione fideiussoria o cauzionale ed il contatto autonomo di garanzia,

Hanno sostenuto che il bando,

prevedendo la presenza della clausola "a semplice richiesta" nelle polizze richieste ai concorrenti, avrebbe richiesto la produzione di queste ultime

, atte a garantire gli interessi dell'Amministrazione di più e meglio della fideiussione codicistica,

in quanto esse –proprio perchè slegate da vincoli di accessorietà- non recherebbero tra i propri effetti naturali :

- √ l'opponibilità al creditore, da parte del garante, delle eccezioni che quest'ultimo potrebbe opporre al debitore principale (art. 1945 c.c.),
- √ oltre che delle tipiche eccezioni di liberazione del fideiussore (art. 1956 c.c.) e
- √ di decadenza dalla garanzia in caso di scadenza dell'obbligazione principale e di mancata proposizione, da parte del creditore, delle proprie istanze verso il debitore principale (art. 1957 c.c.).>

a tali doglianze, così replicano i giudici palermitani:

prima ragionano dicendoci che:

1. l'art. 4 della polizza prodotta in sede di gara dalla ricorrente consente al Comune di ottenere dal garante quanto è dovuto, in caso di inadempimento del garantito, soltanto mediante l'invio di una lettera raccomandata alla sede legale del garante stesso, senza che siano configurabili oneri diversi da quello appena citato
2. A tale previsione negoziale si affiancano -inserite nello stesso comma primo dell'art. 4- quella che esclude la necessità di preventiva escussione del debitore inadempiente, e quella per cui,

sul parallelo piano dei rapporti garante-debitore, sarà sufficiente un semplice avviso inoltrato dal primo al secondo perchè il garante effettui il pagamento in favore del Comune.

Sicchè bisogna concludere che

UDITE UDITE

, per la natura della clausola negoziale oggetto della controversia, e per gli altri elementi sopra considerati, la polizza prodotta dalla ricorrente a corredo della propria offerta ha le medesime caratteristiche dei negozi di garanzia (CONTRATTI AUTONOMI) non informati a vincolo di accessorietà con l'obbligazione principale (e delle cui vicende essi non risentono in senso limitativo del diritto a conseguire il risarcimento)

Quindi la tesi giuridica dell'amministrazione viene massacrata con la seguente affermazione:

<Da ciò consegue che, perchè la garanzia possa operare, il Comune non risulta onerato degli adempimenti di cui all'art. 1957 c.c., nè può essere destinatario delle eccezioni che avrebbe potuto opporre il debitore principale; e, quanto alla liberazione del fideiussore per obbligazione futura di cui all'art. 1956 c.c., essa risulta esclusa in radice, oltre che dalla mancanza di accessorietà tra obbligazione principale e negozio di garanzia, anche dalla stessa natura del rapporto tra Comune e soggetto partecipante alla gara, che, evidentemente, esclude qualsivoglia concessione di credito dal primo al secondo>

ed ecco quindi che:

<Deriva da quanto sopra che i provvedimenti gravati non resistono alle censure contenute nei primi due motivi di ricorso, **giacchè, l'omissione della dizione "semplice" prima della parola "richiesta" nell'art. 4 della citata polizza non è suscettibile di ledere alcun interesse**

dell'Amministrazione, ma è, al contrario, conforme al bando di gara ed agli interessi pubblici che con la sua formulazione il Comune ha inteso tutelare >

Se questa dovesse diventare giurisprudenza costante, vedremo quale sarà l'immediata reazione di quelle Compagnie di assicurazione che, già ora ed in presenza della clausola a semplice richiesta scritta, richiedono comunque al beneficiario pubblico di dimostrare tutti gli elementi possibili ed immaginabili a fondatezza della richiesta di escussione.

Che comunque, è bene ricordarlo, è cosa diversa sia dal dettame della Legge 109/94 s.m.i. sia da quanto riportato nel dm 123/2004

RIPORTIAMO QUI DI SEGUITO UNA BREVE RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE SUL TEMA (E SUL RUOLO) DELLA CLAUSOLA <A SEMPLICE RICHIESTA SCRITTA> DELLE POLIZZE FIDEIUSSORIE

Il parere del giudice civile

Sentenza Pretura civile di Bologna n. 110 del 7 gennaio 1999

<Ritiene il Pretore, come già evidenziato nell'ordinanza riservata in data 4/2/1997, che non possa esserci dubbio sul fatto che il contratto di cui è causa rappresenti quella forma di garanzia atipica che in dottrina e giurisprudenza è stata chiamata nei diversi modi di assicurazione fidejussoria, assicurazione cauzionale, polizza fidejussoria, polizza assicurativa o cauzione fidejussoria.

Finalità del contratto è quella di esentare il contraente tenuto al versamento di una cauzione da un esborso immediato a garanzia delle obbligazioni assunte nei confronti del terzo, il che avviene riversando il relativo obbligo su un'impresa assicurativa, dietro corrispettivo di un premio. Non si realizza però una datio immediata di denaro al creditore garantito, ma solo la prestazione di una garanzia in ordine all'adempimento di un debito pecuniario, normalmente subordinato (come nel caso concreto) ad un accertamento insindacabile ed a semplice richiesta del creditore. Così, la clausola di "pagamento a prima richiesta e senza eccezioni", unitamente alla solidità economica del garante, fornisce al creditore la stessa sicurezza del deposito cauzionale, pur senza immobilizzo di denaro da parte del debitore

La già descritta clausola del pagamento "a prima richiesta" è poi la più comune delle deroghe che le parti apportano alla disciplina legale delle fidejussione, una volta che viene stipulata una assicurazione fidejussoria. Tale clausola, stipulata con assoluta evidenza anche nel contratto di cui è causa, deroga al disposto di cui all'articolo 1945 c.c. ("il debitore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità").

Ritiene infatti la giurisprudenza, ed il Pretore non ha motivo di discostarsi da questa posizione, che la pattuizione in oggetto renda non invocabili da parte del fidejussore le eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale relativamente al rapporto sottostante. Pertanto, il creditore ha la possibilità di realizzare il suo credito sui beni oggetto della garanzia mediante un atto unilaterale di richiesta scritta ed incameramento della cauzione, con effetti analoghi a quelli del deposito cauzionale, ferma ovviamente restando la possibilità di eventuale rivalsa nel caso di successivo accertamento definitivo dell'inesistenza del debito assolto

Tale posizione giurisprudenziale è facilmente comprensibile se si riflette sulla natura giuridica del contratto di fidejussione con clausola a prima richiesta, che si è detto avere la stessa funzione del deposito cauzionale. Infatti, tale funzione di deposito cauzionale sarebbe irrimediabilmente frustrata e completamente stravolta se si consentisse al fidejussore di eccepire le eccezioni relative al rapporto principale, e la clausola "a prima richiesta" perderebbe in tal caso ogni significato e valenza.

Gli unici due casi in cui la giurisprudenza ritiene di superare il principio dell'inopponibilità al creditore delle eccezioni fidejussorie, e quindi di superare la funzione di deposito cauzionale svolta dal contratto, riguardano la fattispecie di eccezioni relative direttamente al contratto di fidejussione e quelle rientranti nella cosiddetta *exceptio doli*. Così, da un lato si ritengono ammissibili eccezioni tese a far valere l'invalidità del contratto di fidejussione; dall'altro, lato, eccezioni tese a far emergere incontestabili e palesi violazioni del principio di buona fede o di abuso del diritto (...)"

Il parere del giudice amministrativo

Tar della Sicilia - sez. II - sentenza numero 326 del 24 gennaio 2001

<che la clausola di pagamento "a semplice richiesta" inserita in un contratto di assicurazione fideiussoria vale a qualificarlo come contratto autonomo di garanzia con la conseguente inapplicabilità a tale fattispecie negoziale della disciplina legale tipica della fideiussione (Cassazione civile, sez. III, 6 aprile 1998, n. 3552)

- che l'assicurazione fideiussoria o cauzionale, nella quale è inserita la clausola di pagamento a semplice richiesta del creditore, derogando alla regola dell'art. 1945 c.c., preclude al fideiussore l'opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale e assicura, per tale via, al creditore garantito una disponibilità di denaro immediato con effetti analoghi a quelli del deposito cauzionale. Essa, quindi, dà luogo ad una obbligazione diretta ed autonoma dell'assicuratore nei confronti del beneficiario ed una responsabilità dello stesso assicuratore per il puntuale adempimento di tale obbligazione, anche nei confronti del debitore principale (Cassazione civile, sez. III, 4 aprile 1995, n. 3940);

- che al contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. E rispetto alla disciplina della fideiussione, riveste carattere derogatorio la clausola con la quale venga espressamente prevista la possibilità, per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito "a semplice richiesta" o "senza eccezioni". In tal caso, in deroga all'art. 1945, è preclusa al fideiussore l'opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale, restando in ogni caso consentito al garante di opporre al beneficiario l'"*exceptio doli*", nel caso in cui la richiesta di pagamento immediato risulti "prima facie" abusiva o fraudolenta (Cassazione civile sez. III, 6 aprile 1998, n. 3552)

TAR Lazio, Roma, n. 3971 del 7 maggio 2002

<Rileva, al riguardo, il Collegio che la formulazione della clausola contenente la locuzione "a semplice richiesta scritta" della stazione appaltante, è prescritta espressamente dall'art.30, comma 2-bis della legge 11 febbraio 1994, n.109 (c.d. Merloni-ter) -introdotto dall'art.9, comma 55 della legge 18 novembre 1998, n. 415- nonché dalla lettera d'invito alla licitazione privata (punto 8, comma 6, pag.5).

La circostanza che detta espressione sia tassativamente richiesta dalla normativa di riferimento e dalla *lex specialis* della gara, comporta che la clausola, nell'indicata formulazione, costituisce elemento indefettibile ed assume, a garanzia della regolarità della procedura concorsuale e della par condicio dei concorrenti, valore sostanziale ed essenziale, con la conseguenza che non possono ritenersi ammissibili formule equipollenti e che la sua omissione si traduce in una mancanza non suscettibile di regolarizzazione, bensì passibile di esclusione dal novero dei partecipanti.

Osserva, d'altra parte, il Collegio che il richiamo nella polizza fideiussoria dell'art.4 delle condizioni generali di contratto non vale, comunque, a costituire l'equipollente della clausola pretermessa o

inesattamente formulata, giacchè, come testualmente riferito dalla stessa ricorrente, nella cauzione la Società garante si impegnava al pagamento delle somme dovute “entro il termine massimo di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta dell’Ente Garantito”, oltrechè alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione della ditta obbligata.>

Consiglio di Stato – Sez.V – Decisione n. 32 del 10 gennaio 2003

<Qualora una fideiussione espressamente PREVEDA la rinuncia al “beneficium excussionis” ed inoltre l’obbligo del fideiussore di versare all’ Ente beneficiario quanto richiesto in termini brevi previo un semplice avviso al garantito e senza il riconoscimento al garantito di alcuna facoltà di svolgere eccezioni sul pagamento, allora si tratta di una obbligazione di garanzia del tutto autonoma rispetto al rapporto creditore - debitore principale.

Quindi...

Sulla base di tali presupposti di fatto al beneficiario sarebbe stata sufficiente la semplice richiesta al fideiussore - iniziativa non gravosa né esposta a rischi di sorta - per conseguire il pagamento di quanto dovuto anche in pendenza del giudizio nel quale si stava accertando la doverosità della corresponsione degli oneri di cui trattasi.

Inoltre il pagamento da parte del fideiussore degli oneri dovuti se soddisfa il creditore non libera il soggetto garantito nel rapporto interno con il garante e determina effetti contrattuali ben precisi voluti dalle parti secondo cui, di norma, il garantito deve poi rifondere il garante di quanto egli abbia versato in sua sostituzione.>

Tar Puglia, Bari, n. 4443/2003

<Né appare scontata, alla stregua di un’interpretazione letterale, la lettura riduttiva, proposta dalla ricorrente, dell’espressione “richiesta documentata” di pagamento, limitata cioè al solo onere di indicare la polizza assicurativa ed il verbale di aggiudicazione. Quello che risulta invece certo è che una siffatta clausola contrattuale è obiettivamente in contrasto con la previsione della lex specialis della gara, di pagamento a semplice richiesta scritta, oltre che con l’art. 30, comma 2 bis, della legge 11/2/1994, n. 109.>

Tar Campania, Napoli, n. 431 2002

<Invero tale escussione non richiedeva la dimostrazione concreta dei danni subiti, valendo relativa la clausola contrattuale - come tutte quelle della specie - quale liquidazione anticipata e forfettizzata del risarcimento dei danni insiti nello scioglimento prematuro del contratto.

Sotto altro profilo si tratta di fideiussione cd “a semplice richiesta” del soggetto garantito, per la quale la compagnia fideiubente è tenuta all’immediato pagamento dell’importo relativo, senza beneficio della preventiva escussione e nemmeno preventivo consenso di quest’ultima (cfr. polizza fideiussoria onde trattasi, artt. 5, 6 e 9, confermati in sede di sottoscrizione ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.).>

Tar Sicilia, Palermo, n. 1109 dell’ 11 luglio 2003

<...in luogo di produrre una garanzia a prima richiesta, produce fideiussione bancaria contenente una clausola in forza della quale “insorgendo contestazioni tra le parti, la banca non pagherà se non in base a sentenza passata in giudicato”.

Tutte le modalità di prestazione della garanzia diverse dalla cauzione devono avere di quest’ultima la stessa efficacia. Ma se così è, allora la presenza della cd clausola “a prima richiesta” appare indispensabile per garantire alla stazione appaltante la stessa immediata realizzabilità della garanzia costituita dal deposito cauzionale.

La finalità della fideiussione "a prima richiesta" è proprio quella di trasferire sul garante i litigation risks, consentendo al garantito l'immediata realizzabilità della garanzia. Pertanto, nella fideiussione a prima richiesta il rischio di eventuali contestazioni ricade sul garante che dovrà pagare a prima richiesta, potendo opporre alla richiesta del creditore garantito soltanto l'estremo rimedio costituito dall'exceptio doli, per poi rivalersi eventualmente sul debitore.

Riservarsi, come fa la banca nel caso che occupa, di pagare al momento del passaggio in giudicato della sentenza, potendo quest'ultima evenienza intervenire parecchi anni dopo, vanifica la portata della fideiussione, posto che appare sufficiente una contestazione qualsiasi, anche la più pretestuosa purchè azionata per via giudiziaria, per inibire il pagamento della garanzia alla stazione appaltante >

Il parere del giudice contabile

Già nel 2002 la Corte dei Conti, Sez dell'Emilia Romagna con la sentenza numero 1762 del 1° luglio 2002 aveva sancito che:

<Nel caso di specie era in effetti prevista, nelle condizioni generali delle polizze che assistevano i tre contratti conclusi e poi rescissi d'ufficio, la clausola del pagamento "a semplice richiesta" (soltanto nella polizza della *** si richiedeva, come ulteriore requisito, l'allegazione della documentazione probatoria dell'inadempimento).

Non possono, quindi, sussistere dubbi sul potere-dovere dell'Ufficio di procedere immediatamente all'incameramento delle cauzioni così prestate: il fatto che a ciò non si sia proceduto - determinando un ritardo di quasi quattro anni nel recupero di quanto spettante all'Amministrazione - non può non essere addebitato alla grave negligenza dei funzionari su cui incombeva l'obbligo di provvedere o di vigilare in merito >

Sezione I giurisdizionale centrale d'appello - sentenza numero 200 decisa il 16 aprile 2004 e depositata il 27 maggio 2004 - appello di cdc Emilia Romagna n. 1762/2002

<La Sezione sul punto ritiene pienamente condivisibile la tesi della Procura secondo cui "il tipo di polizza (per le fideiussioni) era caratterizzato dalla possibilità, per l'ente pubblico, attraverso apposita clausola generale, su semplice richiesta, di garantirsi la disponibilità immediata del denaro. Ciò appare sufficiente a dirimere ogni possibile paventato equivoco circa la decorrenza dell'entità della somma esigibile" e "il danno contestato era pari all'intera somma che le società assicuratrici erano tenute a versare in virtù delle clausole fideiussorie, a semplice richiesta, con il mero onere per l'amministrazione, per uno solo dei tre contratti, di trasmettere la documentazione attestante l'inadempimento".>

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n.806/2005, proposto da **** S.P.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall' Avv. Giuseppe Gitto , elettivamente domiciliata in Palermo, via G. Arimondi n. 2q, presso lo studio dell'Avv. Marianna Oriti, come da procura a margine del ricorso;

C O N T R O

il Comune di Palermo in persona del Sindaco pro tempore, autorizzato a stare in giudizio con determinazione dirigenziale del Dirigente Coordinatore del Settore Servizi Legali n. 291 del 6 giugno 2005, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Fiorino, ed elettivamente domiciliato in Palermo,

piazza Marina n. 39 presso l'Avvocatura Comunale, come da procura in calce alla copia notificata del ricorso;

E NEI CONFRONTI

della **** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Renato Grosso, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Palermo, via Principe di Villafranca n. 46, come da procura a margine della memoria di costituzione;

PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di gara del tre febbraio 2005, relativo all'appalto di fornitura di autocarri con permuta necessari per l'esecuzione dei lavori affidati alla ****, nella parte in cui è disposta l'esclusione dalla gara della ricorrente;

- del successivo verbale di gara del 15 febbraio 2005 di aggiudicazione definitiva dell'incanto in favore dell'impresa controinteressata;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale.

E PER IL RISARCIMENTO

dei danni tutti patiti dalla ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e dell'Impresa controinteressata;

Vista la memoria successivamente depositata dalla parte ricorrente;

Vista l'ordinanza n. 4335 del 19 aprile 2005, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Referendario Achille Sinatra;

Uditi, alla pubblica udienza del 7 giugno 2005, i procuratori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato il 25 marzo 2005 e depositato l'otto aprile 2005, la **** s.p.a. ha impugnato il verbale di gara del tre febbraio 2005, relativo all'appalto di fornitura di autocarri con permuta necessari per l'esecuzione dei lavori affidati alla **** indetto dal Comune di Palermo, con importo a base d'asta di Euro 367.000.000, nella parte in cui il seggio di gara ha disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente "poichè la polizza assicurativa non riporta la clausola "a semplice" richiesta scritta della stazione appaltante così come previsto dall'art. 30 comma 2_{is} della L. 10994 e successive modifiche e integrazioni ed espressamente richiesto dal bando di gara", nonchè il successivo verbale di gara del 15 febbraio 2005 di aggiudicazione definitiva dell'incanto in favore dell'impresa controinteressata **** s.r.l.

La ricorrente, premesso che il suo interesse all'impugnazione sussiste in relazione al fatto che, se essa non fosse stata esclusa, il ribasso offerto (21,50%) le sarebbe valso l'aggiudicazione del contratto, perchè migliore di quello della controinteressata (20,10%), affida il ricorso ai seguenti tre motivi:

1) Eccesso di potere per carenza istruttoria, genericità e travisamento dei fatti. - La polizza presentata dalla ricorrente non reca, è vero, la parola "semplice" dopo "richiesta", ma ciò non implica mancata copertura fideiussoria, in quanto la polizza non contrasta con l'art. 30 comma 2 bis L. 10994.

2) Violazione dei principi di massima partecipazione alla gara; violazione dell'art. 6, comma 1, lettera B, della legge 7.8.1990 n. 241. - L'esclusione da una pubblica gara potrebbe avere legittimamente luogo solo se rispondente ad un interesse dell'Amministrazione, che nella specie non sarebbe stato lesa dal tenore della garanzia rilasciata dalla ricorrente.

3) Eccesso di potere per disparità di trattamento; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. - Anche la polizza della concorrente ***** s.r.l non presentava la dizione "a semplice" prima di "richiesta", ma in quel caso l'Amministrazione ha ritenuto l'omissione frutto di un mero errore materiale, ammettendo la citata concorrente alla gara.

La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, degli atti impugnati, nonchè il risarcimento dei danni patiti, anche in forma specifica.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Palermo e l'Impresa controinteressata **** s.r.l., che, nei rispettivi scritti difensivi, hanno messo in luce le differenze tra il contratto di fideiussione da un lato, e quello di assicurazione fideiussoria dall'altro, il quale non sarebbe assimilabile al primo, e costituirebbe migliore garanzia per l'Amministrazione rispetto alla fideiussione tipica.

All'udienza pubblica del sette giugno 2005 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato, e va accolto.

Con il gravame in epigrafe la **** s.p.a. ha impugnato il verbale di gara del tre febbraio 2005, relativo all'appalto di fornitura di autocarri con permuta necessari per l'esecuzione dei lavori affidati alla **** indetto dal Comune di Palermo, con importo a base d'asta di Euro 367.000.000, nella parte in cui il seggio di gara ha disposto l'esclusione della ricorrente "poichè la polizza assicurativa non riporta la clausola "a semplice" richiesta scritta dalla stazione appaltante così come previsto dall'art. 30 comma 2 della L. 10994 e successive modifiche e integrazioni ed espressamente richiesto dal bando di gara", nonchè il successivo verbale di gara del 15 febbraio 2005 di aggiudicazione definitiva dell'incanto in favore dell'impresa controinteressata **** s.r.l.

I primi due motivi, per la loro connessione logica, possono essere esaminati congiuntamente.

Con il primo mezzo, la ditta ricorrente censura gli atti gravati per eccesso di potere per carenza istruttoria, genericità e travisamento dei fatti. La polizza presentata dalla ricorrente non reca, è vero, la parola "semplice" dopo "richiesta", ma ciò non implica mancata copertura fideiussoria, in quanto la polizza non contrasterebbe con l'art. 30 comma 2 bis L. 10994. Infatti, l'art. 4 delle condizioni di polizza reca espressa dicitura per cui il pagamento delle somme dovute in base alla polizza stessa deve essere effettuato entro quindici giorni dal ricevimento della richiesta scritta da parte dell'Ente garantito, ed inoltre la garante Società ***** di assicurazioni non godrà del beneficio di preventiva escussione dell'obbligato ai sensi dell'art. 1944 c.c.

Nel secondo motivo, la ricorrente denuncia violazione dei principi di massima partecipazione alla gara; violazione dell'art. 6, comma 1, lettera B, della legge 7.8.1990 n. 241. L'esclusione da una pubblica gara potrebbe avere legittimamente luogo solo se rispondente ad un interesse dell'Amministrazione, che nella specie non sarebbe stato leso dal tenore della garanzia rilasciata dalla ricorrente; mentre, per tale ragione, nel caso di specie l'esclusione sarebbe derivata da un inutile ed ingiustificato formalismo.

I due motivi sono fondati, e devono essere accolti.

La questione nodale della presente controversia si risolve, alla luce dei motivi di ricorso, nell'interpretazione della polizza depositata dalla ricorrente presso il seggio di gara, e nella sua rispondenza, o non, alle finalità perseguite dal bando di gara, mediante disposizione dettata a pena di esclusione, e che, per quanto qui interessa, imponeva l'operatività della garanzia "entro 15 giorni dalla semplice richiesta della stazione appaltante."

La previsione del bando qui in esame è aderente a quanto disposto dall'art. 4 D.M. 1232004, che ha il seguente tenore: "Escussione della garanzia-

Il Garante pagherà l'importo dovuto dal Contraente entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante inviata per conoscenza anche al Contraente, presentata in conformità del successivo art. 6 (ossia con lettera raccomandata indirizzata alla sede del garante) e contenente gli elementi in suo possesso per l'escussione della garanzia. Il Garante non godrà del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. Restano salve le azioni di legge nel caso che le somme pagate dal Garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute."

La clausola in questione, da apporre al negozio avente funzione di garanzia, serve pertanto ad evitare che il Comune, in caso di violazione degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara da parte dell'impresa, sia onerato, per conseguire il risarcimento, del preventivo esperimento di un'azione giudiziaria, per sua natura recante un certo margine di aleatorietà, e che, in ogni caso, per salvaguardare i propri diritti, l'Amministrazione sia costretta ad affrontare formalità più gravose che non l'invio di una semplice lettera raccomandata indirizzata alla sede legale del soggetto garante; formalità che, se non

rispettate appieno, o non precedute da altri adempimenti preliminari, rendano tale richiesta più difficoltosa e meno certa nei suoi esiti.

Ciò è confermato dalla parallela previsione, contenuta sia nella medesima clausola del bando che nel citato D.M. 1232004, del beneficio dell'esonero dalla preventiva escussione, previsto a favore dell'Amministrazione, la quale, per effetto di esso, non sarà neppure onerata di richiedere l'adempimento al debitore prima di potersi rivolgere, al medesimo fine, al garante.

Se tale è la funzione della clausola in questione, l'omissione della parola "semplice" nel formulario predisposto dal garante, e sottoscritto dalla ricorrente, non può elidere la causa della clausola, come sopra evidenziata.

Infatti, essendo presente nell'art. 4 della polizza prodotta in sede di gara dalla **** s.p.a. la previsione per cui il pagamento dovuto dal garante sarà effettuato entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta scritta dell'Ente garantito, è evidente che, in caso di inadempimento, il Comune non sarà onerato alla proposizione di preventiva azione giudiziaria o di altre formalità, ma potrà ottenere il risarcimento previa semplice lettera raccomandata inviata al garante; in altri termini, l'Amministrazione, ove ciò si renda necessario, potrà agevolmente esercitare i propri diritti verso il garante, mercè la sola segnalazione dell'inadempimento mediante lettera raccomandata.

Se così è, il contenuto della polizza prodotta dalla ricorrente risponde in pieno all'interesse dell'Amministrazione tutelato dalla clausola del bando sopra riportata, la cui portata si è individuata in precedenza.

Le parti resistenti, nei rispettivi scritti difensivi, hanno evidenziato le differenze sostanziali tra il negozio fideiussorio e le garanzie atipiche, quali l'assicurazione fideiussoria o cauzionale ed il contatto autonomo di garanzia, ed hanno sostenuto che il bando, prevedendo la presenza della clausola "a semplice richiesta" nelle polizze richieste ai concorrenti, avrebbe richiesto la produzione di queste ultime, atte a garantire gli interessi dell'Amministrazione di più e meglio della fideiussione codicistica, in quanto esse –proprio perchè slegate da vincoli di accessorietà- non recherebbero tra i propri effetti naturali l'opponibilità al creditore, da parte del garante, delle eccezioni che quest'ultimo potrebbe opporre al debitore principale (art. 1945 c.c.), oltre che delle tipiche eccezioni di liberazione del fideiussore (art. 1956 c.c.) e di decadenza dalla garanzia in caso di scadenza dell'obbligazione principale e di mancata proposizione, da parte del creditore, delle proprie istanze verso il debitore principale (art. 1957 c.c.).

L'eccezione deve essere disattesa.

Come sopra spiegato, l'art. 4 della polizza prodotta in sede di gara dalla ricorrente consente al Comune di ottenere dal garante quanto è dovuto, in caso di inadempimento del garantito, soltanto mediante l'invio di una lettera raccomandata alla sede legale del garante stesso, senza che siano configurabili oneri diversi da quello appena citato (come prevede anche il citato D.M. 1232004).

A tale previsione negoziale si affiancano -inserite nello stesso comma primo dell'art. 4- quella che esclude la necessità di preventiva escussione del debitore inadempiente, e quella per cui, sul parallelo piano dei rapporti garante-debitore, sarà sufficiente un semplice avviso inoltrato dal primo al secondo perchè il garante effettui il pagamento in favore del Comune. Inoltre, sul medesimo piano, una volta che abbia soddisfatto i diritti del Comune, il garante può senz'altro –ai sensi del seguente art. 5- conseguire il rimborso delle somme pagate, rivalendosi verso il debitore (che non potrà sollevare eccezioni di sorta), e surrogarsi nei suoi confronti nei diritti già spettanti all'Amministrazione creditrice. Sicchè bisogna concludere che, per la natura della clausola negoziale oggetto della controversia, e per gli altri elementi sopra considerati, la polizza prodotta dalla ricorrente a corredo della propria offerta ha le medesime caratteristiche dei sopra citati negozi di garanzia non informati a vincolo di accessorietà con l'obbligazione principale (e delle cui vicende essi non risentono in senso limitativo del diritto a conseguire il risarcimento); il che è confermato, tra l'altro, da numerosi, ulteriori, elementi evidentemente incompatibili con la fideiussione tipica, quali la qualificazione di "risarcimento" conferita dal formulario approntato dall'assicuratore alla somma da pagarsi in favore del Comune ai sensi dell'art. 4, dal brevissimo termine entro cui deve essere effettuato tale pagamento (quindici giorni, come previsto dal D.M. 1232004), nonchè dalla rinuncia del garante al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

Da ciò consegue che, perchè la garanzia possa operare, il Comune non risulta onerato degli adempimenti di cui all'art. 1957 c.c., nè può essere destinatario delle eccezioni che avrebbe potuto opporre il debitore principale; e, quanto alla liberazione del fideiussore per obbligazione futura di cui all'art. 1956 c.c., essa risulta esclusa in radice, oltre che dalla mancanza di accessorietà tra obbligazione principale e negozio di garanzia, anche dalla stessa natura del rapporto tra Comune e soggetto partecipante alla gara, che, evidentemente, esclude qualsivoglia concessione di credito dal primo al secondo.

Deriva da quanto sopra che i provvedimenti gravati non resistono alle censure contenute nei primi due motivi di ricorso, giacchè, l'omissione della dizione "semplice" prima della parola "richiesta" nell'art. 4 della citata polizza non è suscettibile di ledere alcun interesse dell'Amministrazione, ma è, al contrario, conforme al bando di gara ed agli interessi pubblici che con la sua formulazione il Comune ha inteso tutelare.

Con il terzo mezzo di gravame la ricorrente ritiene sussistere a carico degli atti impugnati eccesso di potere per disparità di trattamento; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

Essa deduce che vi sarebbe stata disparità di trattamento rispetto a quanto deciso dal seggio di gara per la concorrente **** s.r.l., la cui polizza pure non presentava la dizione "a semplice" prima di "richiesta", ma la cui offerta è stata giudicata ammissibile, perchè si sarebbe trattato, in quel caso, di mero errore materiale.

La difesa della controinteressata eccepisce, sul punto, che la ricorrente non avrebbe interesse a svolgere tale censura, perchè l'avvenuta esclusione della **** s.r.l. sarebbe irrilevante.

L'eccezione è palesemente infondata, poichè la questione della mancata esclusione di un terzo è stata dedotta unicamente quale parametro cui riferirsi per adombrare un presunto vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento rispetto all'esclusione subita dalla ricorrente, che versava nelle medesime condizioni, e dunque, in relazione alla formulazione del motivo in esame, costituisce necessario presupposto, senza il quale il mezzo risulterebbe inammissibile.

Ciò premesso, osserva il Collegio che anche detto motivo è fondato, e deve essere accolto.

Alle pagine 2-3 del verbale di gara del 3 febbraio 2005 si legge espressamente che la **** s.r.l. ha prodotto polizza conforme allo schema di cui al ridetto D.M. 1232004, anche se in detto documento non era stata inserita, per errore materiale, la locuzione "a semplice", e ciò perchè su di un documento allegato a detta polizza era presente la clausola per la quale la Società garante si obbligava ad effettuare il pagamento delle somme dovute entro 15 giorni dalla richiesta scritta della stazione appaltante.

In effetti, l'allegato alla polizza prodotta in sede di gara dalla **** s.r.l., prevede la rinuncia, da parte del garante, al beneficio della preventiva escussione, nonchè l'obbligo di questi "ad effettuare il pagamento entro 15 giorni dalla richiesta scritta della stazione appaltante".

Risulta, allora, evidente da quanto detto nell'esaminare i primi due motivi di ricorso, che la polizza rilasciata dalla **** s.r.l., aveva contenuto sostanzialmente eguale a quella prodotta dalla ricorrente, rispondente a quanto imposto dal bando di gara; e che, tuttavia, in quella circostanza il seggio di gara aveva correttamente inteso il senso e il valore della polizza in questione, e l'aveva ritenuta conforme al bando di gara, ammettendo la citata società a concorrere; cosa che non aveva fatto, in eguali condizioni, per l'impresa ricorrente.

Pertanto sussiste il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento lamentato dalla ricorrente.

In definitiva, i tre motivi d'impugnazione devono essere accolti, con il conseguente annullamento degli atti gravati.

Quanto alla domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente, osserva il Collegio che essa è del tutto indeterminata, e che per questo deve essere dichiarata inammissibile.

Conclusivamente, il ricorso, per la sua parte demolitoria, è fondato e deve essere accolto, mentre va dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento dei danni.

In relazione agli specifici profili della controversia si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio tra tutte le parti.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Terza, accoglie il ricorso in epigrafe, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati in epigrafe indicati. Declara inammissibile la domanda di risarcimento dei danni. Spese compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa. Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 7 giugno 2005.

Presidente

Estensore

Segretario

Depositata in Segreteria il 11 luglio 2005

Il Segretario