

*Sonia Lazzini (a cura di),
La disposta esclusione risulta altresì illegittima per
violazione dei principi di par condicio e di ampia
partecipazione alle pubbliche gare, tenuto conto della
garanzia comunque prestata mediante il deposito della
polizza assicurativa.*

*l'aggiudicazione in concessione di un immobile demaniale_ La gara si sarebbe svolta
tramite pubblico incanto con il metodo dell'estinzione delle candele vergini, con
offerte in aumento rispetto al corrispettivo annuo a base d'asta fissato in € 16.000,00,
anche in presenza di una sola offerta._ _ per espressa previsione di legge (dell'art. 1
della legge n. 348/1982) , nel nostro ordinamento sono da ritenere del tutto
equipollenti la fideiussione bancaria e la polizza fideiussoria emessa da società
assicurativa._In virtù di tale previsione, anche nell'ipotesi in cui il bando faccia
riferimento ad una sola di tali modalità, il partecipante può utilizzare validamente
anche l'altra*

Nel corso della gara venivano tuttavia rilevati vizi relativamente ad entrambe le domande presentate dai due partecipanti.: Per quanto riguarda la domanda presentata dalla signora M.si trattava di una irregolarità fiscale (mancata apposizione della marca da bollo), come tale sanabile._Per quanto riguarda l'associazione ricorrente veniva, invece rilevato un vizio non sanabile, consistente nell'aver depositato a garanzia dell'offerta una polizza fideiussoria assicurativa, diversamente da quanto prescritto dal bando di gara che richiedeva la presentazione di una fideiussione bancaria emessa da un istituto di credito.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione, nonché avverso gli atti di gara, in modo particolare avverso il provvedimento di esclusione, l'associazione ricorrente ha quindi proposto il ricorso indicato in epigrafe, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi di diritto:- Violazione di legge, erronea interpretazione, incompleta applicazione dell'art. 1 della legge n. 348/1982.- Eccesso di potere, irragionevolezza, contraddittorietà, violazione della par condicio, irrazionalità ed ingiustizia manifesta.

- Violazione e falsa applicazione dei principi relativi al procedimento per incanti, del R.D. n. 2440/1923, del R.D. n. 827/1924, violazione del giusto procedimento, violazione dell'art. 97 Cost., irragionevolezza, difetto di motivazione.- Violazione di legge con riferimento agli artt. 82 e 69 del R.D. n. 827/1924.- Violazione di legge con riguardo all'art. 1 della L. n. 241/90, eccesso di potere._Le doglianze di parte ricorrente investono in via prioritaria la determinazione di esclusione, in quanto basata sulla mancata prestazione della garanzia richiesta dal bando di gara mediante deposito di una polizza fideiussoria rilasciata da un istituto di credito, avendo

la ricorrente depositato una polizza rilasciata da una compagnia assicurativa. qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

A tale riguardo parte istante invoca il disposto di cui all'art. 1 della legge n. 348/82, per effetto del quale le amministrazioni pubbliche, in tutti i casi in cui è prevista la prestazione di una cauzione a loro favore, sono tenute ad accettarla laddove costituita nei modi ivi indicati, ossia mediante cauzione reale o fideiussione bancaria o polizza assicurativa rilasciata da impresa di assicurazione debitamente autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni ed operante nel territorio della Repubblica in regime di stabilimento o di libertà di prestazione di servizi. Rileva quindi parte istante che, per effetto della richiamata disposizione di legge, in tutte le ipotesi in cui viene imposta la costituzione della cauzione, lo Stato o il diverso ente pubblico coinvolto, sono vincolati a considerare, quali strumenti del tutto equivalenti fra loro, la cauzione reale, la fideiussione bancaria, la polizza assicurativa. Sotto tale profilo risulta illegittimo per violazione di legge il bando di gara, nel caso in cui si dovesse ritenere che l'amministrazione avesse voluto limitare alla sola fideiussione bancaria le possibilità di adempimento della cauzione, escludendo quella reale o mediante polizza assicurativa. La ricorrente, confidando sull'equivalenza stabilita per legge (art. 1 della legge n. 348/82) fra il deposito cauzionale a favore dello Stato o altri enti pubblici effettuato mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa o cauzione reale, ha ritenuto di adempiere correttamente alle prescrizioni del bando, non ritenendo l'indicazione ivi contenuta impeditiva alla partecipazione alla gara. Diversamente interpretando le previsioni del bando, la commissione di gara ha invece ritenuto la clausola come indicante una sola esclusiva modalità di prestazione della garanzia e di conseguenza ha escluso la ricorrente dalla gara. Ritieni il Collegio che il ricorso sia fondato, proprio con riguardo, in via del tutto assorbente rispetto alle ulteriori censure sollevate, al primo motivo, investente la disposta esclusione. Il dettato normativo richiamato dalla difesa istante, art. 1 della legge n. 348/1982, è infatti chiaro nell'individuare, in termini di piena equivalenza, le diverse modalità mediante le quali è consentita la prestazione di una cauzione a favore dello Stato o di altro ente pubblico. Di conseguenza, per espressa previsione di legge, nel nostro ordinamento sono da ritenere del tutto equipollenti la fideiussione bancaria e la polizza fideiussoria emessa da società assicurativa. In virtù di tale previsione, anche nell'ipotesi in cui il bando faccia riferimento ad una sola di tali modalità, il partecipante può utilizzare validamente anche l'altra (cfr. C.d.S., Sez. V, 25.3.2002, n. 1683). Ciò in ragione del fatto che, stante la chiara previsione normativa, le prescrizioni contenute nel bando non possono essere in contrasto con le norme vigenti e debbono, in caso di difformità, essere interpretate come non indicative di una norma inderogabile. La suddetta considerazione consente di superare anche la possibile eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione da parte della ricorrente della clausola del bando, in quanto è necessario accertare se effettivamente la lesione derivante dal provvedimento impugnato è derivata dalla clausola che ha prescritto determinate modalità di prestazione della cauzione o, diversamente, se la lesione è conseguenza dell'erronea interpretazione che ne ha fatto la commissione di gara. Come costantemente riconosciuto, la norma di cui all'art. 1 della legge n. 348/82, in modo particolare per quel che qui interessa, la lettera c), come sostituita dall'art. 128 del D.lgs. n. 175/95, non richiede di essere recepita dall'amministrazione che ha bandito la gara, in quanto, come già osservato, immediatamente vincolante per le amministrazioni pubbliche, dando luogo ad un inserimento automatico nelle regole che disciplinano il procedimento, riempiendone l'eventuale lacuna, nel caso in cui la legge di gara non abbia previsto espressamente la possibilità di effettuare il deposito cauzionale mediante polizza assicurativa. Quindi, non risulta tanto illegittimo il bando, quanto piuttosto l'interpretazione e la conseguente applicazione che della specifica prescrizione sul deposito cauzionale ne ha fatto la commissione di gara, che non ha tenuto conto della prevalente previsione contenuta nella fonte primaria. Infine, può essere condivisa anche l'ulteriore considerazione svolta dalla difesa istante circa la previsione di esclusione contenuta nel bando in caso di mancata prestazione della garanzia, atteso che detta eventualità sarebbe intervenuta non tanto in caso di difforme modalità di prestazione, bensì, piuttosto, nel caso di deposito insufficiente quanto ad ammontare. Per le considerazioni sin qui svolte, assorbite le ulteriori doglianze, il ricorso va accolto e per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati

(Tar Veneto, Venezia con la sentenza numero 1659 dell' 8 giugno 2009)

Giurisprudenza richiamata e correlata

Legittimo presentare una polizza anche se non prevista nel bando_L'amministrazione deve motivare la maggior (presunta) affidabilità delle banche rispetto alle Compagnie_Ancora una volta di giudici di Palazzo Spada sono chiamati ad esprimere la propria opinione in materia di polizze provvisorie negli appalti pubblici di lavori.

Con la decisione numero 1683 del 25 marzo 2002 il Consiglio di Stato infatti detta un'importante disciplina relativamente alla forma di presentazione della cauzione a garanzia degli obblighi e oneri relativi alla partecipazione, sancendo l'assoluta legittimità di presentazione della polizza fideiussoria quale (consolidata) forma di tutela degli interessi della Stazione Appaltante. Nel giudizio di primo grado, la società appellata aveva impugnato il provvedimento di esclusione da una gara per l'appalto di opere pubbliche, indetta dal un Comune, perché essa aveva prestato la prescritta cauzione provvisoria con una polizza fideiussoria rilasciata da una compagnia di assicurazione, anziché con fideiussione bancaria. Modalità, questa, indicata dall'art. 9 del capitolato speciale, nel quale si specificava che la cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta doveva essere prestata "con versamento in contanti" o "mediante fideiussione bancaria rilasciata dagli istituti di credito ammessi ai sensi di legge". Il Tar adito, sulla base del principio che le clausole del bando di gara vanno interpretate secondo il criterio di affidamento e nel senso più favorevole ai concorrenti, in considerazione del fatto che l'art. 30 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 ammette anche la fideiussione assicurativa, ha dato ragione alla ditta rimasta esclusa dal procedimento pubblico. Il Supremo giudice amministrativo conferma tale decisione basandosi sui seguenti assunti: Esiste una sorta di contraddizione nella clausola del bando di gara laddove da una parte si evince la volontà di escludere le ditte che non presentino la provvisoria in contanti o con fideiussione bancaria e dall'altra la specificazione che le modalità di presentazione debbano essere rispettose dei "sensi della normativa vigente" (che appunto prevede anche la polizza); L'insieme di queste norme, non solo l'art. 30 della legge n. 109 del 1994, ma anche l'art. 13 della legge 3 gennaio 1978, n.1, (abrogato poi dall'art. 231 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554) e l'art. 1, lett. c), della legge 10 giugno 1982, n. 348, come modificato dall'art. 128 del d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, fa palese che, nell'ordinamento, esiste una completa assimilazione, ai fini delle cauzioni da prestare nelle gare per l'affidamento della esecuzione di lavori pubblici, fra fideiussione bancaria e assicurativa.; Poiché all'articolo 9 del capitolato speciale non è richiamata alcuna sanzione di esclusione specifica, per poter risalire ad un siffatto negativo effetto, occorre ritornare al bando, dove, in fine delle prescrizioni riportate sotto la lett. l), si dice che "la mancanza, l'incompletezza o l'irregolarità sostanziale della documentazione richiesta comportano l'esclusione dalla gara". Molto labile risulta inoltre il collegamento, sia sotto l'aspetto giuridico, sia sotto l'aspetto logico, fra prestazione di una fideiussione assicurativa ed irregolarità sostanziale o incompletezza della documentazione presentata., in quanto la polizza non può essere considerata documentazione, almeno nel senso desumibile dalla lettera l) del bando, che riguarda i requisiti da possedere, le indicazioni da fornire e l'offerta economica scritta, ma dell'esecuzione di una prestazione di garanzia volta a coprire "la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario", come dispone il comma 1 dell'art. 30 della citata legge n. 109 del 1994; Il Comune non ha motivato in maniera assoluta né giustificata la scelta di escludere la polizza assicurativa basandosi sull'assunto che la fideiussione bancaria dia garanzia di maggiore affidabilità e solvibilità, indicativa della capacità finanziaria del soggetto per il quale è rilasciata, rispetto ad un contratto emesso da una Compagnia di Assicurazione; Per quanto sopra esposto, il Consiglio di Stato conferma il comportamento della ditta e nel contempo condanna il Comune alle spese processuali (Consiglio di Stato con la decisione numero 1683 del 25 marzo 2002)_

L' esclusiva prestazione di polizza bancaria e non anche assicurativa a copertura delle obbligazioni assunte dal concessionario (comunque sottoposto alle norme del codice dei contratti), viola le disposizioni della normativa portata

dalla l. n. 382 del 1982 la quale dispone che in tutti i casi in cui è prevista la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro ente pubblico, questa può essere costituita, oltre che da fideiussione bancaria, da fideiussione assicurativa rilasciata da imprese di assicurazione debitamente autorizzate all'esercizio del ramo cauzioni.?

Poiché la disciplina che regola gli appalti di servizi, contenuta nel c.d. codice degli appalti (D. L.vo n. 163/96), dispone all'art. 75, intitolato "Garanzie a corredo dell'offerta", che l'offerta del partecipante ad una gara deve essere corredata da garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione. La fideiussione, poi, "a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari ...", appare illegittima la scelta della Stazione Appaltante di limitare la presentazione della cauzione solo attraverso una fideiussione bancaria in quanto le norme portate dal T.U. degli appalti contiene principi e prescrizioni che non possono essere derogati a scelta delle stazioni appaltanti, quando ciò determina alterazioni illegittime dei principi di più ampia partecipazione alle gare e di parità di condizioni tra i vari concorrenti che costituiscono capisaldi a tutela dell'interesse pubblico prevalente al corretto svolgimento delle gare stesse al fine di individuare l'offerta più vantaggiosa_ la stazione appaltante non può limitare arbitrariamente le possibilità di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni de quibus inibendo al partecipante la scelta dei mezzi di garanzia, previsti dalla normativa statale come ammissibili sulla base di considerazioni di equivalenza dei diversi modi di apprestare garanzia elencato all'art. 75, senza violare i principi posti nell'interesse generale sopra richiamati".

(Tar Sicilia, Catania, con la sentenza numero 889 dell' 8 maggio 2008)

Concessioni_ richiesta di cauzione_è illegittimo limitare le modalità di presentazione alla sola fideiussione bancaria_l' esclusiva prestazione di polizza bancaria e non anche assicurativa a copertura delle obbligazioni assunte dal concessionarie, viola le disposizioni della normativa portata dalla l. n. 348 del 1982 nel combinato disposto con l'articolo 75 del codice dei contratti_La disciplina che regola gli appalti di servizi, contenuta nel c.d. codice degli appalti (D. L.vo n. 163/96), dispone all'art. 75, intitolato "Garanzie a corredo dell'offerta", che l'offerta del partecipante ad una gara deve essere corredata da garanzia sotto forma di cauzione o di fideiussione. La fideiussione, poi, "a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari ...". _Delineato il quadro normativo di applicazione, occorre verificare se la stazione appaltante, nel caso di specie l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato, abbia la facoltà di richiedere, in deroga, la prestazione di garanzia esclusivamente bancaria, togliendo al concessionario la facoltà di scelta della forma di garanzia fideiussoria da prestare all'Amministrazione._Al quesito non può che darsi risposta negativa, posto che le norme portate dal T.U. degli appalti contiene principi e prescrizioni che non possono essere derogati a scelta delle stazioni appaltanti, quando ciò determina alterazioni illegittime dei principi di più ampia partecipazione alle gare e di parità di condizioni tra i vari concorrenti che costituiscono capisaldi a tutela dell'interesse pubblico prevalente al corretto svolgimento delle gare stesse al fine di individuare l'offerta più vantaggiosa.

Il Consiglio di Stato, del resto, nel parere espresso in data 15 maggio 2007 sullo schema di convenzione di cui nel caso di specie la stazione appaltante ha inteso fare applicazione ha evidenziato che la limitazione operata circa i mezzi di fideiussione (solo bancaria e non anche assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 d. l.vo n.385/1993) non è il linea con quanto

previsto dal D. L.vo n.162/2006 ed ha sancito che vengano previste tutte le categorie di fideiussori che l'ordinamento consente in materia di contratti pubblici. _Alla luce di tali considerazioni può concludersi che la stazione appaltante non può limitare arbitrariamente le possibilità di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni de quibus inibendo al partecipante la scelta dei mezzi di garanzia, previsti dalla normativa statale come ammissibili sulla base di considerazioni di equivalenza dei diversi modi di apprestare garanzia elencato all'art. 75, senza violare i principi posti nell'interesse generale sopra richiamati.”_Dalla rilevata illegittimità della limitazione in ordine ai modi di prestare garanzia fideiussoria operata dall'amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato per i soggetti che intendono partecipare alle gare per le concessioni dei servizi in questione, discende la illegittimità dei provvedimenti impugnati col ricorso principale e con i ricorsi per motivi aggiunti, fondati sulla omessa presentazione della cauzione bancaria, richiesta in via esclusiva
(Tar Sicilia, Catania, con la sentenza numero 886 dell' 8 maggio 2008)

La polizza cauzioni va sempre accettata

Anche se le norme della lex specialis non prevedono, tra le modalità di presentazione della cauzione provvisoria, la polizza fideiussoria ma solo una cauzione bancaria, in virtù della norma imperativa di cui all'art. 1 della L. 10 giugno 1982, n. 348, l'amministrazione non ha diritto di escludere dalla procedura ad evidenza pubblica, un'impresa che abbia come garante una Compagnia di Assicurazione _ Non può logicamente ritenersi che l'accettazione del capitolato, sia pure con la sottoscrizione di ogni pagina del testo che lo contiene, non implica accettazione anche delle clausole lesive, le quali, al limite, per essere considerate accettate ad ogni effetto, richiedono una specifica ed inequivoca individuazione, che renda manifesta e non contestabile la volontà del sottoscrittore di prestarvi acquiescenza, secondo regole di diritto comune, ma di portata generale, desumibili dall'art. 1469 ter del vigente codice civile.
(Consiglio di Stato con la decisione numero 6774 del 29 novembre 2005)

Va accettata la polizza cauzioni provvisoria in quanto la Compagnia di Assicurazione puo' farsi garante anche della cauzione definitiva_Anche se un bando di gara non lo ammette in maniera esplicita, è sempre possibile presentare la cauzione provvisoria con polizza assicurativa in considerazione del fatto che la Compagnia di Assicurazione puo' farsi garante anche della cauzione definitiva_Andrebbero legittimamente escluse solo le ditte che presentassero una cauzione insufficiente nel suo ammontare oppure senza la previsione del pagamento a semplice richiesta scritta o ancora priva dell'obbligatorio impegno ad far seguire la cauzione provvisoria (per gli obblighi e oneri relativi alla partecipazione) da quella definitiva ((per gli oneri e obblighi relativi al contratto) in caso di aggiudicazione

Anche se non esplicitamente richiesto, da un attenta lettura del bando si puo' evincere che fosse consentito presentare la polizza assicurativa quale modalità di costituzione della cauzione provvisoria, in quanto:Nella clausola direttamente volta ad indicare le diverse modalità di costituzione della cauzione provvisoria, l'avviso fa riferimento alla stessa polizza assicurativa quale strumento alternativo e fungibile rispetto alla fideiussione bancaria nella parte in cui impone, a pena di esclusione, la garanzia di pagamento a semplice richiesta;_tale riferimento assume una valenza ancor più significativa della volontà della stazione appaltante di non escludere la polizza assicurativa dal novero delle possibili modalità di presentazione della cauzione provvisoria se si considera che lo stesso avviso, nel prevedere che sia il medesimo soggetto a rilasciare la garanzia provvisoria e quella definitiva, ammette senz'altro che quest'ultima possa essere costituita mediante polizza assicurativa;_una lettura sistematica delle diverse clausole dettate dall'avviso, in tema di cauzioni induce a ritenere circoscritta l'operatività della previsione di esclusione alle sole ipotesi di insufficienza della garanzia, di mancata prestazione della

garanzia di pagamento a prima richiesta e di mancato impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione; pertanto una ragionevole interpretazione delle sole clausole della *lex specialis*, peraltro confortata e irrobustita dalla constatazione della tendenza ordinamentale ad equiparare le due indicate forme di costituzione della cauzione, induce a confermare la valutazione di illegittimità formulata dal Giudice territoriale con riguardo al provvedimento di esclusione impugnato in prima istanza;

(Consiglio di Stato con la decisione numero 126 del 2005)