

Se nelle condizioni di una polizza provvisoria appare chiaramente che l'importo a garanzia corrisponde al 2% del valore dell'appalto, la ditta non può essere esclusa nel caso in cui l'importo del frontespizio di polizza non sia del tutto corretto per un'i

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Non essendo riconducibile l'accidentale inversione delle cifre ad errore nella dichiarazione o ad errore di calcolo soggetto a rettifica ex art. 1430 c.c., la società ricorrente doveva essere ammessa direttamente alla gara, una volta chiarita la circostanza ed esclusa la volontà del fideiussore di obbligarsi per un importo minore a quello prescritto dal disciplinare che, sia pure non espressamente richiamandolo, ripete l'art. 30 della legge n. 109/94

In caso di polizza provvisoria errata nel suo valore, il Consiglio di Stato, con la decisione numero 7443 del 14 dicembre 2006, non considera legittima esclusione in quanto:

<Non integra altrettale divergenza la trascrizione di una somma corrispondente alla dichiarazione di entrambe le parti ma erronea nelle cifre indicate per irregolarità di battitura. Sia che ricada sulla natura e sull'oggetto del negozio sia che riguardi l'atto materiale di calcolare un importo, l'errore che è causa di annullamento - oltre che essere essenziale e riconoscibile dal destinatario della dichiarazione - deve comportare una effettiva divergenza dei dati reali e quelli dichiarati (Cass., II, 26 gennaio 2000, n. 862), di talchè l'oggetto dell'obbligazione sia diverso da quello dichiarato dalle parti e oggetto delle loro aspettative.

La convalida della dichiarazione affetta da errore comporta, quindi, una contro dichiarazione o una rettifica che annulla la precedente e pertanto il contratto nel suo insieme o per una parte, e ne riconduca

il contenuto alla volontà reale dei contraenti e ne elimini la falsa rappresentazione di taluno dei suoi elementi.

Tutto ciò non si è verificato nella polizza fidejussoria presentata dalla società ricorrente in quanto l'importo letteralmente indicato nel documento è materialmente corrispondente al calcolo percentuale dell'importo garantito salvo che per due cifre trascritte in maniera invertita. Indipendentemente dalla cifra riportata nella polizza (€ 19.978,50 e non € 19.987,50) l'obbligo del fideiussore nei confronti del comune era per il 2% dell'importo dell'opera, non essendo opponibile all'ente l'eccezione ex art. 1945 c.c..

La precisazione (18.8.2004) della compagnia assicuratrice che la somma quantificata nella polizza era di € 19.987,50 -sia pure doverosa- era sostanzialmente inutile perché priva di valore negoziale, nulla aggiungendo all'obbligo della società di garantire l'importo percentuale del costo complessivo dell'opera pari a quello richiesto dal disciplinare di gara, alle cui proscrizioni andava riportata la cifra scritta sul documento probatorio del contratto di fideiussione>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

N.7443/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3008

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale,

Quinta
Sezione

ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello 3008/2005 proposto dalla Turismo ***** di ***** & c. S.a.s., in persona del legale rappresentante sig.ra ***** , rappresentata e difesa dall'avv. ***** , elettivamente domiciliata in Roma, Viale Mazzini n. 142 presso l'avv. *****;

CONTRO

il Comune di Marsciano (PG), in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. ***** , elettivamente domiciliato in Roma, viale Cola di ***** n. 180 presso lo studio dell'avv. *****;

E NEI CONFRONTI

della A.C.A.P. - Autonoleggiatori Consorziati Artigiani Perugia Coop. a r.l., in persona del legale rappresentata pro tempore rappresentato e difeso in primo grado dall'avv. ***** , e ***** ed selettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Roma, viale Angelico, n. 45;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria n. 53 del 22 febbraio 2005, nella parte in cui è stato rigettato il ricorso n. 723/04 proposto dalla Turismo ***** - riunito al ricorso n. 728/04 proposto dalla A.C.A.P. Coop. a r.l. - per l'annullamento degli atti con i quali è stata disposta l'esclusione dell'appellante dalla gara d'appalto indetta dal Comune di Marsciano per il servizio di trasporto scolastico anni 2004-2007 nonché per la riforma della condanna alle spese in favore della parte resistente in primo grado;

Visto l'appello;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune e del controinteressato;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'11 aprile 2006, relatore il Consigliere ***** e uditi, altresì, gli avvocati ***** per il ricorrente, ***** per il Comune di Marsciano e ***** per l'***** - Autonoleggiatori Consorziati

FATTO

La società Turismo*****o ha impugnato al Tar dell'Umbria gli atti di gara dell'incanto indetta con delibera di giunta comunale 10.6.2004, n. 230 dal Comune di Marsciano per l'affidamento dei servizi di trasporto scolastico, attività scolastiche supplementari, centri estivi e corsi di nuoto, per un periodo di anni tre, con decorrenza dal 1° settembre 2004 al 31 agosto 2007. Entro i termini di scadenza del bando pervennero alla stazione appaltante l'offerta della ricorrente e quella del Consorzio ACAP Soc. Coop. a r.l.. La ditta Fratarcangeli è stata esclusa dalla gara per effetto della discordanza tra l'importo stabilito nel bando per la cauzione provvisoria richiesta (2% della base d'asta - € 999.375,00 x 2% pari a € 19.987,50) e quanto indicato nella polizza fideiussoria Llyod Adriatico rimessa dalla ditta ***** (copertura del 2% della base d'asta con importo erroneamente indicato in € 19.978,50). La società Turismo***** ha contestato l'esclusione disposta allegando il chiarimento della Compagnia assicuratrice. Ha chiesto l'esclusione dell'altra impresa concorrente e diffidato il comune dall'aggiudicazione della gara. La Commissione di gara ha disposto l'esclusione di ambedue le imprese e ha dichiarato deserta la gara. L'operato della commissione è stato confermato con atto dirigenziale n. 659 del 7 settembre 2004 di convalida dei verbali e di dichiarazione definitiva di gara deserta. Nel ricorso

proposto dalla società Turismo ***** si è costituita la società ***** Coop. proponendo ricorso incidentale e impugnando in via autonoma la propria esclusione dalla gara, con distinto ricorso, iscritto al n. 728/04. Entrambi i ricorsi riuniti sono stati respinti con la sentenza impugnata che ha condannato i ricorrenti, in solido, alla rifusione delle spese legali in favore del Comune. Avverso la sentenza muove appello la società Turismo ***** , nella parte in cui dispone il rigetto del proprio ricorso in primo grado n. 723/04. Si è costituita in giudizio l'***** con controricorso ed appello incidentale, chiedendo il rigetto dell'appello, controdeducendo ai motivi di gravame della società ***** e contestando il rigetto del proprio ricorso n. 728/04. Tutte le parti hanno depositato memoria.

DIRITTO

1) Nel giudizio avverso l'esclusione della società ***** e dell'***** dalla gara indetta dal Comune di Marsciano per l'appalto dei servizi di trasporto scolastico e di attività supplementari per tre anni tre, con decorrenza dal 1° settembre 2004, il Tar dell'Umbria ha respinto i ricorso di entrambe le partecipanti. La sentenza di primo grado ha rigettato le censure della società ***** , essendo insanabile l'errore in cui era incorso l'istituto fidejussore nella compilazione della polizza, ove due cifre erano invertite e raffiguravano un importo minore di quello richiesto a titolo di cauzione. La sentenza ha inoltre respinto il ricorso dell'***** avverso l'esclusione perché non raggiungeva gli standard organizzativi minimi per impossibilità di considerare anche i dipendenti delle imprese consorziate ai fini del numero minimo richiesto dal bando di gara in quanto, nonostante la sua struttura consortile, la società aveva partecipato alla gara come soggetto unico e non come consorzio di imprese.

2) Degli appelli, principale della società ***** e incidentale dell'***** , va esaminato il primo, meritevole di accoglimento, ad avviso del Collegio.

2.1) Secondo l'art. 8 del disciplinare di gara, le imprese concorrenti dovevano presentare una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo a base d'asta di € 999.735,00. La cauzione doveva quindi essere di € 19.987,50. Come rilevato dalla commissione nel verbale di gara del 17 agosto 2004, la ditta Turismo ***** presentò una cauzione provvisoria tramite polizza fidejussoria dell'importo di € 19.978,50, inferiore a quanto indicato nel bando di gara. La ricorrente è stata quindi esclusa perché la cauzione provvisoria era difforme dal bando e dalla prescrizione dell'art. 30 comma 1 della legge n. 109/94. Prima dell'apertura delle offerte, la ditta Fratarcangeli contestò la decisione della commissione,

allegando, nella nota del 18 agosto 2004, una appendice della polizza fidejussoria nella quale l'impresa assicuratrice ***** riconosceva, fermo restando il premio e gli altri elementi della polizza, che la somma garantita pari al 2% del prezzo complessivo era di € 19.987,50 e non come erroneamente dichiarato nella polizza di € 19.978,50.

2.2) La sentenza impugnata ha respinto il ricorso in base alle seguenti considerazioni: - il bando di gara disciplina direttamente l'importo della cauzione e non richiama l'art. 30 della legge n. 109/94; il bando non prevede la possibilità di interpretazione in bonis; - una diversa interpretazione delle norme del bando non espressamente è dedotto nel ricorso; - la polizza fidejussoria è una dichiarazione di volontà ad effetto costitutivo, insuscettibile di essere integrata in corso di gara; - l'esclusione deriva da un fatto proprio del partecipante e non da un errore imputabile a terzi quale è l'istituto assicuratore.

2.3) Il coacervo dei riportati argomenti, sia pure logico, non appare persuasivo alla luce del tenore letterale della polizza assicurativa che testualmente si riporta. "costo complessivo previsto dell'opera: € 999.574,00 (segue in lettere e in lire); somma garantita: 2% del costo complessivo previsto dell'opera: € 19.978,00 (segue in lettere e in lire)".

L'art. 8 delle condizioni di gara (garanzie e cauzione) prevede che per la partecipazione alla gara è richiesta la presentazione a corredo della domanda di una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo complessivo dell'appalto ...". Nel riportare sulla polizza l'importo della cauzione provvisoria risultante dal calcolo della percentuale, è stata scritta la cifra di € 19.978,50 e non quella esatta di € 19.987,50. La sentenza impugnata afferma che l'errore di trascrizione ha valore di errore nella dichiarazione, che non può più essere rettificato. Ritiene, diversamente, il Collegio, che l'errore non investa la dichiarazione come avviene per l'annullamento del negozio ai sensi dell'art. 1428 c.c. e che non necessiti di rettifica in senso proprio, come è previsto per l'errore di calcolo dall'art. 1430 c.c.. Nell'art. 1429 c.c., è causa di annullamento del contratto l'obiettiva difformità fra proposta ed accettazione in ordine al prezzo della cosa venduta, quale elemento essenziale della compravendita, nel caso in cui l'errore sulla portata o sull'interpretazione della dichiarazione altrui determini la mancanza dell'obiettiva convergenza sull'identico dato (Cass., II, 27 giugno 1985, n. 3854). Non integra altrettale divergenza la trascrizione di una somma corrispondente alla dichiarazione di entrambe le parti ma erronea nelle cifre indicate per irregolarità di battitura. Sia che ricada sulla natura e sull'oggetto del negozio sia che riguardi l'atto materiale di calcolare un importo, l'errore che è causa di annullamento - oltre che essere essenziale e riconoscibile dal destinatario della dichiarazione - deve comportare una effettiva divergenza dei dati reali e quelli dichiarati (Cass., II, 26 gennaio 2000, n. 862), di talchè l'oggetto dell'obbligazione sia diverso da quello dichiarato dalle parti e oggetto delle loro aspettative. La convalida della dichiarazione affetta da errore comporta, quindi, una contro dichiarazione o una rettifica che annulla la precedente e pertanto il contratto nel suo insieme o per una parte, e ne riconduca il contenuto alla volontà reale dei contraenti e ne elimini la falsa rappresentazione di taluno dei suoi elementi. Tutto ciò non si è verificato nella polizza

fidejussoria presentata dalla società ricorrente in quanto l'importo letteralmente indicato nel documento è materialmente corrispondente al calcolo percentuale dell'importo garantito salvo che per due cifre trascritte in maniera invertita. Indipendentemente dalla cifra riportata nella polizza (€ 19.978,50 e non € 19.987,50) l'obbligo del fideiussore nei confronti del comune era per il 2% dell'importo dell'opera, non essendo opponibile all'ente l'eccezione ex art. 1945 c.c.. La precisazione (18.8.2004) della compagnia assicuratrice che la somma quantificata nella polizza era di € 19.987,50 -sia pure doverosa- era sostanzialmente inutile perché priva di valore negoziale, nulla aggiungendo all'obbligo della società di garantire l'importo percentuale del costo complessivo dell'opera pari a quello richiesto dal disciplinare di gara, alle cui proscrizioni andava riportata la cifra scritta sul documento probatorio del contratto di fideiussione.

2.4) Il presupposto su cui poggia l'impianto motivazionale della sentenza è perciò da disattendere. E' vero quanto ivi si afferma che dell'errore ex artt. 1428 e 1429 c.c. poteva avvalersi il fideiussore nei confronti del debitore principale se avesse indicato un importo maggiore di quello dovuto e non nel caso di indicazione di un importo minore. E' però altrettanto corretto avvalersi dei principi propri della dichiarazione inficiata da errore al fine di escludere che il contenuto letterale della polizza integri un'ipotesi di falsa rappresentazione e per concludere che l'accidentale inversione delle due cifre all'interno dell'importo oggetto di garanzia debba essere riportato ad un fatto materiale, non influente sulla dichiarazione e sulla possibilità del fideiussore di eccepire la diversità della cifra rispetto a quella oggetto di obbligazione. E' perciò da escludere che la ricorrente avesse necessità di impugnare il bando di gara perché non consentiva una interpretazione in bonis delle singole clausole. Gli oneri del bando erano, nel loro complesso, osservati dalla ricorrente e dal fideiussore. Non essendo riconducibile l'accidentale inversione delle cifre ad errore nella dichiarazione o ad errore di calcolo soggetto a rettifica ex art. 1430 c.c., la società ricorrente doveva essere ammessa direttamente alla gara, una volta chiarita la circostanza ed esclusa la volontà del fideiussore di obbligarsi per un importo minore a quello prescritto dal disciplinare che, sia pure non espressamente richiamandolo, ripete l'art. 30 della legge n. 109/94. La sentenza di primo grado va quindi riformata in accoglimento dell'appello principale della s.a.s. Turismo
*****.

2.5) Va conseguentemente accolta la domanda risarcitoria dell'appellante per la mancata aggiudicazione del servizio, tuttora gestito dalla controinteressata in regime di proroga, secondo quanto è rappresentato nell'istanza depositata il 19 settembre 2005. La misura del risarcimento va determinata nel 10% dell'importo dell'offerta della ricorrente, come utile presunto previsto dall'art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F nell'ipotesi di esercizio da parte dell'amministrazione committente della facoltà di recesso, e quindi per pregiudizio da atto legittimo Secondo la giurisprudenza della Sezione, tale criterio di risarcimento forfetario nella misura del 10% previsto per gli appalti di lavori pubblici dall'art. 345 l. 1865 n. 2248, all. F può essere applicato anche agli appalti di servizi in sede di determinazione in via equitativa

dell'ammontare del risarcimento dei danni (Cons. Stato, V, 8 luglio 2002, n. 3796).

3) La sentenza ha, invece, fatto corretta applicazione delle clausole del disciplinare di gara in tema di partecipazione di consorzi, che, nel caso di servizi eseguiti tramite consorziate, obbligava le società ad indicare per quali imprese il consorzio concorreva (punto 11.A.5) e i requisiti minimi di carattere tecnico-organizzativo di cui erano in possesso le imprese consorziate (punto 11.B). L'***** coop. a.r.l. non ha dichiarato di concorrere alla gara in rappresentanza di imprese consorziate e non ne ha indicato le imprese cui sarebbe stata affidata l'esecuzione del servizio. Il Comune di Marsciano ha perciò considerato che l'***** coop. a.r.l. partecipasse come impresa singola e l'ha esclusa dalla gara perché non raggiungeva da sola lo standard occupazionale prescritto e non era possibile considerare nel numero degli occupati anche i dipendenti delle imprese consorziate. L'appello incidentale improprio della cooperativa avverso il rigetto del ricorso concernente l'esclusione è, perciò, infondato oltre che proposto oltre il termine per impugnare i capi autonomi della sentenza.

4) Conclusivamente, l'appello deve essere accolto e, in riforma della decisione impugnata va riconosciuto fondato il ricorso della s.a.s. Turismo ***** mentre va rigettato quello dell'***** coop. a.r.l.. Per la delicatezza delle questioni trattate vanno compensate le spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale e in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso di primo grado. Dichiara irricevibile l'appello incidentale autonomo. Spese di entrambi i gradi compensate.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio dell'11 aprile 2006 con l'intervento dei Sigg.ri:

Presidente

Consigliere

Charienza Millemaggi Cogliani Consigliere

Consigliere, est.

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14 dicembre 2006

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL
DIRIGENTE

f.to *****

N°. RIC. 3008-05

<https://www.diritto.it/se-nelle-condizioni-di-una-polizza-provvisoria-appare-chiaramente-che-l-importo-a-garanzia-corrisponde-al-2-del-valore-dell-appalto-la-ditta-non-puo-essere-esclusa-nel-caso-in-cui-l-importo-del-front/>