

E' legittima l'esclusione della ditta ricorrente con la seguente motivazione: "La garanzia prestata a titolo di cauzione provvisoria non riporta l'indicazione del luogo d'esecuzione dei lavori e quindi non individua in maniera univoca l'oggetto del contr

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Poiché la lex specialis di gara non presenta clausole obiettivamente suscettibili di poter essere interpretate secondo divergenti significati, non prevede peculiari oneri formali per la presentazione della polizza di garanzia fideiussoria, ulteriori rispetto a quelli discendenti dalla normativa di carattere generale, e non introduce espressamente cause di esclusione discendenti dalla necessità di distinguere fra i due bandi, contemporaneamente pubblicati dalla medesima stazione appaltante, tenuto che la ricorrente ha prestato la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 30, comma I, della legge 11.2.1994 n. 109, presentando la Scheda Tecnica

1.1., costituente parte integrante dello Schema Tipo 1.1., regolarmente conforme ai modelli tipo introdotti dal precitato

D.M. 12 marzo 2004 n. 123, in attuazione dell'art. 107, comma 4, del D.P.R. 21/12/1999 n. 554, in considerazione del fatto che la suddetta Scheda Tecnica 1.1. va interpretata in base ai principi in materia di interpretazione del contratto rivenienti dall'art. 1363 c.c., che stabilisce che le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto nonché in base al principio della cosiddetta "conservazione degli atti giuridici", stabilito dall'art. 1367 c.c., che prevede che l'atto deve essere interpretato nel senso in cui possa avere qualche effetto, allora l'adempimento formale relativo all'indicazione del luogo di esecuzione dei lavori non risponde ad alcuno specifico e particolare interesse dell'Amministrazione, che risulta

sufficientemente garantita, in punto di impegno cauzionale, dalla presentazione delle schede tecniche il cui contenuto copre sia la misura della cauzione provvisoria che l'impegno futuro a valere sulla (misura della) cauzione definitiva_ **Conseguentemente, considerati gli**

elementi essenziali dello schema negoziale fideiussorio nonché la sua struttura soggettiva ed oggettiva, si deve concludere che l'indicazione del luogo di esecuzione dei lavori di una gara, per la quale la garanzia viene prestata correttamente per l'importo e per il soggetto richiesti, non può essere ritenuto

alla stregua di un elemento necessario ai fini della validità del contratto .

Appare molto interessante la sentenza numero 416 del 16 aprile 2008 emessa dal Tar Calabria, Catanzaro

Vediamo i fatti

Con il primo motivo del ricorso principale e dei motivi aggiunti, su cui si incentra l'impugnativa in correlazione con lo specifico interesse azionato in giudizio, parte ricorrente censura la propria esclusione dalla gara di che trattasi, deducendo, in sostanza, che, essendo stata la propria polizza di garanzia fideiussoria presentata in allegato alla domanda di partecipazione alla gara, contenente in dettaglio tutte le indicazioni previste dal relativo bando, non sarebbero potuti, in effetti, residuare dubbi circa la riferibilità di detta polizza al bando avente ad oggetto i lavori per l'Istituto IPSIA di Cosenza, con la conseguenza che, nella specie, sarebbe potuta essere richiesta, al massimo, soltanto la regolarizzazione della documentazione, in ossequio al principio del favor participationis.

Il bando di gara codice 027EDO7, contenente la lex specialis del procedimento, indica, al punto 3.1.: "luogo di esecuzione: Cosenza", al punto 3.2.: "descrizione: Lavori di adeguamento sismico e manutenzione straordinaria I.P.S.I.A.", al punto 3.3.: "importo complessivo dell'appalto (compresi oneri per la sicurezza)" la somma di "euro 341.308,17; importo a base d'asta: euro 330.759,50; categoria prevalente OG1: classifica I;" ed al punto 3.4.: "oneri per l'attuazione dei piani della sicurezza non soggetti a ribasso: euro 10.548,67".

Quanto alla parte inerente le "garanzie a corredo dell'offerta", il medesimo bando, al punto 8, richiede "una garanzia pari al 2% (due per cento) dell'importo complessivo dell'appalto di cui al punto 3.3....".

Inoltre, sempre al medesimo punto 8, il bando stabilisce:

"La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta delle stazione appaltante .

La garanzia deve avere validità per almeno 180 gg. dalla data di presentazione dell'offerta. L'importo della garanzia è ridotto del 50% per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema.

La garanzia deve essere altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del Nuovo Codice dei Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario".

Vediamo il parere dell'adito giudice amministrativo

Partendo dal presupposto che:

< Com'è noto, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, discendenti dall'art. 97 Cost., nonché di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., secondo il quale nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede, impone, in caso di oscurità ed equivocità della lex specialis di gara, una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, atta a dispensarli dall'onere di ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati.

Di conseguenza, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, occorre preferire l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara nonché quella che sia meno favorevole alle formalità inutili (principio del cosiddetto favor participationis), al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione.

Il principio ermeneutico da osservarsi, nell'ipotesi che la lex specialis della gara non indichi in modo espresso l'essenzialità di una propria prescrizione ed il conseguente effetto esclusivo nei confronti dei concorrenti che non vi ottemperino, è, in definitiva, quello teleologico, attesa la peculiare funzione assegnata alle clausole di gara rispetto ai criteri che presidiano le procedure ad evidenza pubblica, per cui il metodo esegetico favorevole al favor participationis deve considerarsi recessivo soltanto nelle ipotesi in cui esso possa determinare un obiettivo vulnus dei principi che attengono al rispetto delle condizioni relative alla serietà e correttezza della procedura ed alla par condicio dei concorrenti.>

Tenuto conto che nella particolare fattispecie:

< Nel caso di specie, la lex specialis di gara non presenta clausole obiettivamente suscettibili di poter essere interpretate secondo divergenti significati, non prevede peculiari oneri formali per la presentazione della polizza di garanzia fideiussoria, ulteriori rispetto a quelli discendenti dalla normativa di carattere generale, e non introduce espressamente cause di esclusione discendenti dalla necessità di distinguere fra i due bandi, contemporaneamente pubblicati dalla medesima stazione appaltante.>

Ma anche in considerazione del fatto che:

< L'art. 9, comma 59, della legge 18.11.1998 n. 415 del 1998 (Modifiche alla legge 11.2.1994 n. 109) stabilisce che "gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previste dall'articolo 30 della legge n. 109 del 1994 sono approvati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

L'art. 1 del Decreto del Ministero delle Attività Produttive 12.3.2004 n. 123, emanato in attuazione della prefata legge, stabilisce che:

"Sono approvati gli schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli artt. 17 e 30 della L. 11/2/94, n. 109 e succ. mod. e int., e dal regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 21/12/99, n. 554.

Gli schemi di polizza tipo sono contenuti nell'allegato al presente decreto.

I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1.

A fini di semplificazione delle procedure inerenti agli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle Stazioni appaltanti le sole schede tecniche, contenute nell'allegato al presente decreto, debitamente compilate e sottoscritte dalle parti contraenti".

Lo schema tipo 1.1 - Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria - contempla all'art. 1, il cosiddetto

"Oggetto della garanzia".

La scheda tecnica definitiva (scheda tipo 1.1 - Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria) costituisce parte integrante dello Schema Tipo 1.1 di cui al D.M. 123/2004 e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato Schema tipo. "La sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello Schema Tipo".

La Scheda tipo 1.1 e la Scheda Tecnica 1.1, eterointegrative della lex specialis del bando ed espressione di norme imperative inderogabili, abilitano i concorrenti a presentare alla stazione appaltante i (soli) relativi modelli (Scheda tecnica) debitamente compilati e sottoscritti per accettazione incondizionata delle condizioni previste nello Schema tipo. L'adempimento deve ritenersi sufficiente per fatto di norma giuridica - lex generalis che s'impone sulla lex specialis del bando - ad assolvere correttamente gli impegni in materia di cauzione provvisoria, in sede di partecipazione alla gara.>

E poiché:

< La Scheda Tecnica 1.1., prodotta in giudizio, indica:

- nella casella "Descrizione Opera", la dicitura "Lavori di adeguamento sismico e manutenzione straordinaria I.P.S.I.A.", in conformità all'oggetto dell'appalto come indicato al punto 3.2. del bando;

- nella casella "Luogo di esecuzione", la dicitura "V. Descrizione lavori";

-nella casella "costo complessivo previsto opera", l'importo di "€. 341.308,17";

- nella casella "somma garantita 1,00 % cost. compl. previsto opera", l'importo garantito di "€. 3.415,00", correlato al precedente, costituente l'importo complessivo della gara, in base al calcolo aritmetico indicato al punto 8, comma III, del bando.>

Allora:

<Nella specie, la riferibilità della polizza fideiussoria prodotta dalla ditta ricorrente al bando in questione, avente il codice di gara 027ED07, **non poteva essere messa in dubbio dalla stazione appaltante intanto perché, come evidenziato dalla ditta ricorrente, essa era stata correttamente allegata alla domanda di partecipazione alla gara, contenente espressamente tutti i dettagli della gara, quali il codice di gara, la categoria prevalente dei lavori OG1: classifica I, previsti al punto 3.3. del bando ed il luogo di esecuzione dei lavori, a cui la Scheda Tecnica rinvia per relationem, che è Cosenza.**

Ma, soprattutto, nella specie, la circostanza che assume rilievo dirimente ai fini della soluzione della questione inerente la riferibilità della polizza fideiussoria in questione al bando di che trattasi, è **rappresentata dal dato obiettivo ed inequivocabile secondo cui, nella casella “costo complessivo previsto opera” è indicato l’importo di “€. 341.308,17”, costituente l’importo complessivo dell’appalto, comprensivo degli oneri di sicurezza, corrispondente a quanto previsto al punto 3.3. del bando in questione, e, nella casella “somma garantita 1,00 % cost. compl. previsto opera”, è indicato l’importo garantito di “€. 3.415,00”, correlato al precitato importo complessivo della gara, in base al calcolo aritmetico indicato al punto 8, comma III, del bando>**

Di conseguenza:

< Pertanto, nella specie, non ravvisandosi alcun vulnus al principio di par condicio fra i concorrenti, la Commissione avrebbe dovuto ammettere l’offerta della ditta ricorrente alla gara di che trattasi e valutarla, in coerente applicazione del principio del favor participationis nonché dei principi generali del buon andamento dell’azione amministrativa e di imparzialità, discendenti dall’art. 97 Cost., e di quello specifico enunciato nell’art. 1337 c.c..

Conclusivamente, la censura appare meritevole di adesione.>

Ma anche il seguente passaggio merita un’approfondita lettura:

<Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce che l'operato dell'amministrazione si porrebbe in contrasto con la stessa disciplina codicistica della materia della fideiussione prevista dall'art. 1936 c.c., secondo cui costituiscono elementi essenziali del contratto: il debito garantito, l'obbligato principale, il beneficiario della garanzia, e l'oggetto della garanzia, che, nella specie, sarebbe costituito dalla precisa indicazione del costo complessivo previsto per l'opera e dalla somma garantita, mentre l'indicazione del luogo di esecuzione dei lavori non rileverebbe alla stregua di un elemento indispensabile per la esatta individuazione della gara di che trattasi.

Com'è noto, la fideiussione è un negozio giuridico di diritto privato, cui si applica la disciplina codicistica sulla forma degli atti, sulla natura e sui requisiti della scrittura privata, per cui dal combinato disposto degli artt. 1937 Cod. Civ. e 117, comma 1, D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (T.U. delle Leggi in materia bancaria e creditizia), discende che l'espresso impegno del fideiussore deve essere reso in forma scritta ad substantiam, ai sensi ed agli effetti dell'art. 2702 c.c.

Secondo lo schema negoziale, il fideiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore, per cui il contratto interviene tra il garante (nel caso di gara di appalto: è un istituto di credito, di assicurazione, etc.) ed il beneficiario (nel caso di gara di appalto:

la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo, ai sensi dell' art. 1333 cod. civ., con la conseguenza che il soggetto garantito (nel caso di gara di appalto: la ditta concorrente) non costituisce parte necessaria, tanto che la fideiussione si considera efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto, ai sensi dell'art. 1936, II comma, c.c.

(conf.:

Cons. Stato Ad. Plen. 4.10.2005

n. 8).

La causa del contratto di fideiussione è costituita, quindi, dalla garanzia di un debito altrui.

Il carattere accessorio della garanzia richiede che il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

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

Conseguentemente, la determinazione e/o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non concernono la struttura soggettiva dello schema negoziale fideiussorio

(le cui parti, come già detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto dello stesso, in quanto consentono di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive .

Conseguentemente, considerati i suddetti elementi essenziali dello schema negoziale fideiussorio nonché la sua struttura soggettiva ed oggettiva, si deve concludere che l'indicazione del luogo di esecuzione dei lavori di una gara, per la quale la garanzia viene prestata correttamente per l'importo e per il soggetto richiesti, non può essere ritenuto alla stregua di un elemento necessario ai fini della validità del contratto>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA

N.

416

REG. DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1267/07 REG.RIC.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CALABRIA

Anno 2008

**Sede di Catanzaro
- Sezione Seconda**

ha pronunciato la seguente

sentenza

sul ricorso R.G. n. 1267 del 2007, proposto da "Impresa Costruzioni Edile e Stradale ALFA

geom. Rosario”, corrente in Campania, in persona del suo titolare, rappresentata e difesa dall’avv. ******, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. ******, in Catanzaro, via Pascali, n. 6;

contro

Provincia di Cosenza, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall’avv. ****** legale dell’ente, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. ******, in Catanzaro, via Schipani, n. 110;

e nei confronti di

di “Impresa Edile BETA *****”, quale capogruppo mandataria dell’a.t.i. “BETA ***** e ***** s.r.l.”, con sede in Santa Sofia d’Epiro (CS), contrada ******, in persona del suo legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall’avv. ****** jr., con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Cosenza, corso ******, n. 23;

per l’annullamento

-del Verbale Unico della Seduta d’***** per l’Appalto di “Adeguamento sismico e manutenzione straordinaria dell’***** di Cosenza” del 11.10.2007, Numero Gara 027ED07, nonché di ogni altro atto preordinato consequenziale e connesso, in quanto di ragione, nella parte in cui è stata disposta l’esclusione della ditta ricorrente con la seguente motivazione: “La garanzia prestata a titolo di cauzione provvisoria non riporta l’indicazione del luogo d’esecuzione dei lavori e quindi non individua in maniera univoca l’oggetto del contratto”;

- con i motivi aggiunti notificati il 20.12.2007 e depositati il 3.1.2008:

a) la Determina n. 7455 del 18.10.2007, con cui è stata disposta l’aggiudicazione definitiva dell’appalto dei lavori di “Adeguamento sismico e manutenzione straordinaria dell’***** di Cosenza” alla “A.T.I. BETA ***** s.r.l.” - contrada ******, 13 - ***** d’Epiro (CS), divenuta efficace in data 13.11.2007 e della quale Determina si è avuta notizia mediante “Avviso di aggiudicazione definitiva dei lavori di “adeguamento sismico e manutenzione straordinaria dell’***** di Cosenza” (Numero gara 027ED07) , emesso in data 13.11.2007, notificato il 21.11.2007, dal Dirigente dell’Amministrazione della Provincia di Cosenza -Settore Edilizia e Impiantistica Sportiva; b) di ogni altro atto ad essi preordinati, consequenziali e comunque connessi, per quanto di ragione, in essi ricompresi quelli oggetto del ricorso introduttivo;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Constatata la costituzione in giudizio della Provincia di Cosenza intimata;

Constatata la costituzione in giudizio della ditta controinteressata intimata;

Visti i motivi aggiunti notificati dalla ditta ricorrente il 20.12.2007 e depositati il 3.1.2008;

Vista l'ordinanza cautelare di accoglimento di questa Sezione n. 128 del 7.2.2008 ;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 marzo 2008 il cons.. *****;

Uditi per le parti i difensori presenti, come da relativo verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato in data 16.11.2007 e depositato in data 1.12.2007, la ditta ricorrente premetteva di aver partecipato ad una procedura di gara aperta, indetta dalla Provincia di Cosenza in esecuzione della Determinazione Dirigenziale a Contrarre

R.G. 5280/07 con bando di gara pubblicato il 3.8.2007, avente ad oggetto

“Lavori di adeguamento sismico e manutenzione straordinaria I.P.S.I.A.”, con luogo di esecuzione Cosenza, per un importo complessivo, compresi gli oneri di sicurezza, di €. 341.308,17 con base d'asta di €. 330759,50, categoria prevalente OG1, classifica I.

Precisava che, con il punto 8 del bando “Garanzie a corredo dell'offerta”, per come disposto dall'art. 75 del N.C.C.P. di L.S.F., veniva richiesta la prestazione di una cauzione oppure di una fideiussione, contenente espressamente: a) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; b) la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma II, c.c.; c) l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta della stazione appaltante.

Con il presente ricorso, lamentava, in sostanza, di essere stata illegittimamente esclusa dalla gara de qua con il Verbale Unico del 11.10.2007, per omessa indicazione del luogo di esecuzione dei lavori nel contratto di fideiussione, con la conseguenza secondo cui la garanzia sarebbe risultata generica, come anche espressamente confermato con la comunicazione del 11.9.2007, inviata dalla P.A., ai sensi dell'art. 79, comma V, lettera b), del Decreto Legislativo 12/04/2006 n. 163 .

A sostegno della propria impugnativa deduceva:

1) eccesso di potere: sviamento-contraddittorietà -erronea e falsa rappresentazione ;

L'esclusione della ditta ricorrente dalla gara di che trattasi sarebbe illegittima poiché la polizza di garanzia fideiussoria è stata presentata in allegato alla domanda di partecipazione alla gara, contenente in dettaglio tutte le indicazioni previste dal relativo bando, per cui, in effetti, non sarebbero potuti residuare dubbi in ordine alla riferibilità di detta polizza ai lavori dell'Istituto IPSIA di Cosenza, con la conseguenza che, nella specie, sarebbe potuta essere richiesta, al massimo, soltanto la regolarizzazione della documentazione, in ossequio al principio del favor participationis.

2) violazione di legge: art. 1936 c.c.;

l'operato dell'amministrazione si porrebbe in contrasto con la stessa disciplina codicistica della materia della fideiussione prevista dall'art. 1936 c.c., secondo cui sono elementi essenziali del contratto il debito garantito, l'obbligato principale, il beneficiario della garanzia, e l'oggetto della garanzia, che, nella specie, sarebbe costituito dalla precisa indicazione del costo complessivo previsto per l'opera e dalla somma garantita, mentre l'indicazione del luogo di esecuzione dei lavori non costituirebbe un elemento indispensabile per la esatta individuazione della gara.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.

Con i motivi aggiunti notificati il 20.12.2007 e depositati il 3.1.2008, parte ricorrente impugnava l'epigrafata determina di aggiudicazione definitiva della gara de qua, deducendo i medesimi profili di censura, già svolti con il ricorso introduttivo e presentava altresì domanda di risarcimento di danni per equivalente.

Con atto depositato in data 5.2.2008, si costituiva la Provincia di Cosenza e contestava puntualmente le varie argomentazioni atte a sorreggere la tesi svolta dalla parte ricorrente, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda risarcitoria, con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese.

Con memoria depositata in data 5.2.2008, si costituiva la controinteressata "Impresa Edile *****" e si soffermava ampiamente e diffusamente a contestare i singoli profili di censura articolati con il presente gravame.

Questa Sezione, con ordinanza n. 128 depositata il 7.2.2008, accoglieva la domanda di interinale sospensione degli impugnati provvedimenti.

Con memoria depositata in data 28.2.2008, la Provincia di Cosenza rilevava che, come da attestazione allegata, il Settore Edilizia della Provincia di Cosenza aveva pubblicato, nel medesimo periodo, n. 2 bandi aventi come oggetto la stessa tipologia di lavori "Lavori di adeguamento sismico e manutenzione

straordinaria IPSIA”, di cui quello oggetto della presente impugnativa riferito all’IPSIA di Cosenza e l’altro riferito all’IPSIA Castrovillari, con la conseguenza che l’omessa indicazioni della sede di esecuzione dei lavori nella polizza fideiussoria allegata dalla ditta ricorrente, in mancanza dei riferimenti obbligatori, non avrebbe consentito alla stazione appaltante di individuare la gara di riferimento.

Perciò insisteva nelle già prese conclusioni.

Con atto depositato in data 28.2.2008, anche la ditta controinteressata insisteva nelle già prese conclusioni.

Alla pubblica udienza del 7.3.2008 il ricorso passava in decisione.

DIRITTO

1. Con il presente giudizio, vengono impugnati gli atti della gara, a procedura aperta, indetta dalla Provincia di Cosenza in esecuzione della Determinazione Dirigenziale a Contrarre R.G. 5280/07, con bando pubblicato il 3.8.2007, avente ad oggetto “Lavori di adeguamento sismico e manutenzione straordinaria I.P.S.I.A.”, con luogo di esecuzione Cosenza, per un importo complessivo, compresi gli oneri di sicurezza, di €. 341.308,17 con base d’asta di €. 330759,50, categoria prevalente OG1, classifica I.

In particolare, con il ricorso principale, viene impugnato il Verbale Unico della Seduta d’***** del 11.10.2007, dispositivo dell’esclusione della gara della ditta ricorrente poiché “La garanzia prestata a titolo di cauzione provvisoria non riporta l’indicazione del luogo d’esecuzione dei lavori e quindi non individua in maniera univoca l’oggetto del contratto” e, con i motivi aggiunti notificati il 20.12.2007 e depositati il 3.1.2008, viene impugnata la susseguente ***** n. 7455 del 18.10.2007, con cui è stata disposta l’aggiudicazione definitiva dell’appalto dei lavori in favore dell’a.t.i. controinteressata.

2.1. Con il primo motivo del ricorso principale e dei motivi aggiunti, su cui si incentra l’impugnativa in correlazione con lo specifico interesse azionato in giudizio, parte ricorrente censura la propria esclusione dalla gara di che trattasi, deducendo, in sostanza, che, essendo stata la propria polizza di garanzia fideiussoria presentata in allegato alla domanda di partecipazione alla gara, contenente in dettaglio tutte le indicazioni previste dal relativo bando, non sarebbero potuti, in effetti, residuare dubbi circa la riferibilità di detta polizza al bando avente ad oggetto i lavori per l’Istituto IPSIA di Cosenza, con la conseguenza che, nella specie, sarebbe potuta essere richiesta, al massimo, soltanto la regolarizzazione della documentazione, in ossequio al principio del favor participationis.

Il bando di gara codice 027EDO7, contenente la lex specialis del procedimento, indica, al punto 3.1.:

“luogo di esecuzione: Cosenza”, al punto 3.2.: “descrizione: Lavori di adeguamento sismico e manutenzione straordinaria I.P.S.I.A.”, al punto 3.3.: “importo complessivo dell’appalto (compresi oneri per la sicurezza)” la somma di “euro 341.308,17; importo a base d’asta: euro 330.759,50; categoria prevalente OG1: classifica I;” ed al punto 3.4.: “oneri per l’attuazione dei piani della sicurezza non soggetti a ribasso: euro 10.548,67”.

Quanto alla parte inerente le “garanzie a corredo dell’offerta”, il medesimo bando, al punto 8, richiede “una garanzia pari al 2% (due per cento) dell’importo complessivo dell’appalto di cui al punto 3.3....”.

Inoltre, sempre al medesimo punto 8, il bando stabilisce:

“La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all’eccezione di cui all’art. 1957, comma 2, del codice civile, nonché l’operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta della stazione appaltante .

La garanzia deve avere validità per almeno 180 gg. dalla data di presentazione dell’offerta. L’importo della garanzia è ridotto del 50% per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema.

La garanzia deve essere altresì corredata, a pena di esclusione, dall’impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fidejussoria per l’esecuzione del contratto, di cui all’art. 113 del Nuovo Codice dei Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, qualora l’offerente risultasse aggiudicatario”.

Il suddetto bando di gara, al punto 15, in relazione ad “Altre Informazioni” (pag. 4) dispone:

a) non sono ammessi a partecipare alle gare soggetti privi dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 del Nuovo Codice dei Contratti pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

b) non sono ammessi a partecipare alla gara i soggetti che non allegano, tra la documentazione contenuta nella busta A, la ricevuta in originale del versamento (ovvero fotocopia dello stesso corredata da dichiarazione di autenticità e copia di un documento di identità in corso di validità) relativo alla contribuzione di cui all'art. 2 della Deliberazione 10 gennaio 2007 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici. Il versamento della suddetta contribuzione dovrà effettuarsi secondo le istruzioni operative presenti sul sito della stessa Autorità; la causale del versamento dovrà riportare il CIG che identifica la procedura in questione.

c) è prevista l'esclusione automatica della gara, ai sensi dell'art. 122, comma 9, del Nuovo Codice dei Contratti

Publici dei Lavori, Servizi e Forniture, delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 dello stesso codice...

L'esclusione automatica non si eserciterà qualora il numero delle offerte ammesse è inferiore a 5...".

Com'è noto, un corretto rapporto tra amministrazione e privato, rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità, discendenti dall'art. 97 Cost., nonché di quello specifico enunciato nell'art. 1337 c.c., secondo il quale nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede, impone, in caso di oscurità ed equivocità della lex specialis di gara, una lettura idonea a tutelare l'affidamento degli interessati in buona fede, atta a dispensarli dall'onere di ricostruire, attraverso indagini ermeneutiche ed integrative, ulteriori ed inespressi significati.

Di conseguenza, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato, occorre preferire l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara nonché quella che sia meno favorevole alle formalità inutili (principio del cosiddetto favor participationis), al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'Amministrazione.

Il principio ermeneutico da osservarsi, nell'ipotesi che la lex specialis della gara non indichi in modo espresso l'essenzialità di una propria prescrizione ed il conseguente effetto esclusivo nei confronti dei concorrenti che non vi ottemperino, è, in definitiva, quello teleologico, attesa la peculiare funzione assegnata alle clausole di gara rispetto ai criteri che presidiano le procedure ad evidenza pubblica, per cui il metodo esegetico favorevole al favor participationis deve considerarsi recessivo soltanto nelle ipotesi in cui esso possa determinare un obiettivo vulnus dei principi che attengono al rispetto delle condizioni relative alla serietà e correttezza della procedura ed alla par condicio dei concorrenti.

Nel caso di specie, la lex specialis di gara non presenta clausole obiettivamente suscettibili di poter essere interpretate secondo divergenti significati, non prevede peculiari oneri formali per la presentazione della

polizza di garanzia fideiussoria, ulteriori rispetto a quelli discendenti dalla normativa di carattere generale, e non introduce espressamente cause di esclusione discendenti dalla necessità di distinguere fra i due bandi, contemporaneamente pubblicati dalla medesima stazione appaltante.

2.2. L'art. 9, comma 59, della legge 18.11.1998 n. 415 del 1998 (Modifiche alla legge 11.2.1994 n. 109) stabilisce che "gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previste dall'articolo 30 della legge n. 109 del 1994 sono approvati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

L'art. 1 del Decreto del Ministero delle Attività Produttive 12.3.2004 n. 123, emanato in attuazione della prefata legge, stabilisce che:

"Sono approvati gli schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli artt. 17 e 30 della L. 11/2/94, n. 109 e succ. mod. e int., e dal regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 21/12/99, n. 554.

Gli schemi di polizza tipo sono contenuti nell'allegato al presente decreto.

I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1.

A fini di semplificazione delle procedure inerenti agli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle Stazioni appaltanti le sole schede tecniche, contenute nell'allegato al presente decreto, debitamente compilate e sottoscritte dalle parti contraenti".

Lo schema tipo 1.1 - Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria - contempla all'art. 1, il cosiddetto "Oggetto della garanzia".

La scheda tecnica definitiva (scheda tipo 1.1 - Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria) costituisce parte integrante dello Schema Tipo 1.1 di cui al D.M. 123/2004 e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato Schema tipo. "La sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello Schema Tipo".

La Scheda tipo 1.1 e la Scheda Tecnica 1.1, eterointegrative della lex specialis del bando ed espressione di norme imperative inderogabili, abilitano i concorrenti a presentare alla stazione appaltante i (soli) relativi modelli (Scheda tecnica) debitamente compilati e sottoscritti per accettazione incondizionata delle condizioni previste nello Schema tipo. L'adempimento deve ritenersi sufficiente per fatto di norma giuridica - lex generalis che s'impone sulla lex specialis del bando - ad assolvere correttamente gli impegni in materia di cauzione provvisoria, in sede di partecipazione alla gara.

Nella specie, la ricorrente ha prestato la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 30, comma I, della legge 11.2.1994 n. 109, presentando la Scheda Tecnica

1.1., costituente parte integrante dello Schema Tipo 1.1., regolarmente conforme ai modelli tipo introdotti dal precitato

D.M. 12 marzo 2004 n. 123, in attuazione dell'art. 107, comma 4, del D.P.R. 21/12/1999 n. 554 (sulla relativa ammissibilità, ex plurimis: Tar Palermo, III, 12.9.2005 n. 1464; idem 11.11.2005 n. 5192; Tar Bari, I, 24.3.2005 n. 1293; T.A.R. Lombardia Brescia, 04 luglio 2006 , n. 849).

La Scheda Tecnica 1.1., prodotta in giudizio, indica:

- nella casella "Descrizione Opera", la dicitura "Lavori di adeguamento sismico e manutenzione straordinaria I.P.S.I.A.", in conformità all'oggetto dell'appalto come indicato al punto 3.2. del bando;

- nella casella "Luogo di esecuzione", la dicitura "V. Descrizione lavori";

-nella casella "costo complessivo previsto opera", l'importo di "€. 341.308,17";

- nella casella "somma garantita 1,00 % cost. compl. previsto opera", l'importo garantito di "€. 3.415,00", correlato al precedente, costituente l'importo complessivo della gara, in base al calcolo aritmetico indicato al punto 8, comma III, del bando.

Invero, la suddetta Scheda Tecnica 1.1. va interpretata in base ai principi in materia di interpretazione del contratto rivenienti dall'art. 1363 c.c., che stabilisce che le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto nonché in base al principio della cosiddetta "conservazione degli atti giuridici", stabilito dall'art. 1367 c.c., che prevede che l'atto deve essere interpretato nel senso in cui possa avere qualche effetto.

2.3. Nella specie, la riferibilità della polizza fideiussoria prodotta dalla ditta ricorrente al bando in questione, avente il codice di gara 027ED07, non poteva essere messa in dubbio dalla stazione appaltante intanto perché, come evidenziato dalla ditta ricorrente, essa era stata correttamente allegata alla domanda di partecipazione alla gara, contenente espressamente tutti i dettagli della gara, quali il codice di gara, la categoria prevalente dei lavori OG1: classifica I, previsti al punto 3.3. del bando ed il luogo di esecuzione dei lavori, a cui la Scheda Tecnica rinvia per relationem, che è Cosenza.

Ma, soprattutto, nella specie, la circostanza che assume rilievo dirimente ai fini della soluzione della questione inerente la riferibilità della polizza fideiussoria in questione al bando di che trattasi, è rappresentata dal dato obiettivo ed inequivocabile secondo cui, nella casella "costo complessivo previsto opera" è indicato l'importo di "€. 341.308,17", costituente l'importo complessivo dell'appalto, comprensivo degli oneri di sicurezza, corrispondente a quanto previsto al punto 3.3. del bando in

questione, e, nella casella “somma garantita 1,00 % cost. compl. previsto opera”, è indicato l’importo garantito di “€. 3.415,00”, correlato al precitato importo complessivo della gara, in base al calcolo aritmetico indicato al punto 8, comma III, del bando.

Tali dati, espressamente contenuti nella Scheda Tecnica 1.1. della polizza fideiussoria de qua, non potevano lasciare alcun dubbio in ordine alla obiettiva riferibilità della garanzia prestata dalla ditta ricorrente al bando inerente i lavori presso l’***** di Cosenza, dal momento che l’altro bando, contestualmente emanato dallo stesso Settore Edilizia della Provincia di Cosenza, avente ad oggetto i “Lavori di adeguamento sismico e manutenzione straordinaria IPSIA”, luogo di esecuzione “Castrovillari”, reca importi diversi poiché indica, al punto 3.3., quale “importo complessivo dell’appalto (compresi oneri per la sicurezza): euro 351.663,00; importo a base d’asta: euro 341.420,00”; al punto 3.4. “oneri per l’attuazione dei piani della sicurezza non soggetti a ribasso: euro 10.243,00”.

Inoltre, il bando per i lavori di Castrovillari si riferisce ad una diversa categoria di lavori: categoria prevalente OG1: classifica II, e richiede, quindi, anche una diversa qualificazione dei soggetti partecipanti alla gara.

Conseguentemente, risultando obiettivamente intrinseca ed inequivocabile la riferibilità della polizza fideiussoria prestata dalla ditta ricorrente al bando di gara codice 027ED07, inerente i lavori di Cosenza, nella specie, si può affermare che, nel complesso, in base ad un’interpretazione della polizza secondo i criteri rivenienti dagli art. 1363 e 1367 c.c., l’adempimento formale relativo all’indicazione del luogo di esecuzione dei lavori non risponde ad alcuno specifico e particolare interesse dell’Amministrazione, che risulta sufficientemente garantita, in punto di impegno cauzionale, dalla presentazione delle schede tecniche il cui contenuto copre sia la misura della cauzione provvisoria che l’impegno futuro a valere sulla (misura della) cauzione definitiva.

Pertanto, nella specie, non ravvisandosi alcun vulnus al principio di par condicio fra i concorrenti, la Commissione avrebbe dovuto ammettere l’offerta della ditta ricorrente alla gara di che trattasi e valutarla, in coerente applicazione del principio del favor participationis nonché dei principi generali del buon andamento dell’azione amministrativa e di imparzialità, discendenti dall’art. 97 Cost., e di quello specifico enunciato nell’art. 1337 c.c..

Conclusivamente, la censura appare meritevole di adesione.

3. Con il secondo motivo, parte ricorrente deduce che l’operato dell’amministrazione si porrebbe in contrasto con la stessa disciplina codicistica della materia della fideiussione prevista dall’art. 1936 c.c., secondo cui costituiscono elementi essenziali del contratto: il debito garantito, l’obbligato principale, il

beneficiario della garanzia, e l'oggetto della garanzia, che, nella specie, sarebbe costituito dalla precisa indicazione del costo complessivo previsto per l'opera e dalla somma garantita, mentre l'indicazione del luogo di esecuzione dei lavori non rileverebbe alla stregua di un elemento indispensabile per la esatta individuazione della gara di che trattasi.

Com'è noto, la fideiussione è un negozio giuridico di diritto privato, cui si applica la disciplina codicistica sulla forma degli atti, sulla natura e sui requisiti della scrittura privata, per cui dal combinato disposto degli artt. 1937 Cod. Civ. e 117, comma 1, D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (T.U. delle Leggi in materia bancaria e creditizia), discende che l'espresso impegno del fideiussore deve essere reso in forma scritta ad substantiam, ai sensi ed agli effetti dell'art. 2702 c.c.

Secondo lo schema negoziale, il fideiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore, per cui il contratto interviene tra il garante (nel caso di gara di appalto: è un istituto di credito, di assicurazione, etc.) ed il beneficiario (nel caso di gara di appalto:

la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo, ai sensi dell' art. 1333 cod. civ., con la conseguenza che il soggetto garantito (nel caso di gara di appalto: la ditta concorrente) non costituisce parte necessaria, tanto che la fideiussione si considera efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto, ai sensi dell'art. 1936, II comma, c.c.

(conf.:

Cons. Stato Ad. Plen. 4.10.2005

n. 8).

La causa del contratto di fideiussione è costituita, quindi, dalla garanzia di un debito altrui.

Il carattere accessorio della garanzia richiede che il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

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

Conseguentemente, la determinazione e/o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non concernono la struttura soggettiva dello schema negoziale fideiussorio (le cui parti, come già detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto dello stesso, in quanto consentono di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive .

Conseguentemente, considerati i suddetti elementi essenziali dello schema negoziale fideiussorio nonché la sua struttura soggettiva ed oggettiva, si deve concludere che l'indicazione del luogo di esecuzione dei

lavori di una gara, per la quale la garanzia viene prestata correttamente per l'importo e per il soggetto richiesti, non può essere ritenuto alla stregua di un elemento necessario ai fini della validità del contratto.

Pertanto, la censura merita adesione.

In conclusione, per quanto sin qui rassegnato, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno accolti e, per l'effetto, vanno annullati gli impugnati provvedimenti.

4. Va, invece, respinta la domanda risarcitoria, poiché l'interesse partecipativo, strumentale al conseguimento (eventuale) del bene di vita (aggiudicazione) viene ampiamente soddisfatto con la remissione in gara, per effetto dell'ordinanza cautelare di accoglimento di questa Sezione n. 128 del 7.2.2008, costituente la misura risarcitoria in forma specifica richiesta in via principale con il presente giudizio.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento.

Accoglie anche i motivi aggiunti, e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento.

Condanna la Provincia di Cosenza e la ditta controinteressata al pagamento delle spese del presente giudizio, che liquida, forfettariamente e complessivamente, nella misura di €. 4000 (euro quattromila), da porsi, rispettivamente, nella misura di €. 2000 (euro duemila), a carico di ciascuna di esse parti.

Ordina che la presente ordinanza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella Camera di Consiglio del 7.3.2008, con l'intervento dei signori magistrati:

Guido Romano

Presidente

Giudice Rel. Est.

Giudice

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to *****

IL SEGRETARIO

F.to *****

DEPOSITATO IN SEGRETERIA

IL 15/04/2008

F.to *****

<https://www.diritto.it/e-legittima-l-esclusione-della-ditta-ricorrente-con-la-seguente-motivazione-la-garanzi-a-prestata-a-titolo-di-cauzione-provvisoria-non-riporta-l-indicazione-del-luogo-d-esecuzione-dei-lavori/>