

La mancata previsione, in una polizza fideiussoria provvisoria, della clausola di rinuncia, da parte del garante, ad eccepire la decadenza del creditore dal diritto di pretendere l'adempimento dell'obbligazione per mancata tempestiva proposizione delle az

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Poiché all'art. 1 del negozio fideiussorio in questione è dato di leggere che "Alle condizioni generali e particolari contenute nella presente polizza, la *****à (ossia, a termini della polizza medesima, la garante.), fino alla concorrenza del capitale indicato e fino al momento della completa liberazione della Ditta obbligata (la partecipante.) dagli obblighi nascenti dalla partecipazione alla gara, si costituisce fideiussore nell'interesse della Ditta medesima, per le somme che questa fosse tenuta a corrispondere all'Ente garantito in virtù degli obblighi ed oneri derivanti dalla sua partecipazione alla gara di appalto indicata nel frontespizio di polizza.", a fronte della chiara dizione di tale clausola negoziale, non possono sussistere dubbi sulla durata dell'obbligo del fideiussore, legato, come è dato di leggere, alla completa liberazione del debitore principale dagli obblighi da esso assunti verso l'Università per la partecipazione alla procedura selettiva. Una tale espressione di volontà da parte del garante, infatti, elide la facoltà del fideiussore di avvalersi dell'eccezione di decadenza del creditore dal diritto di pretendere il risarcimento dal garante stesso in caso di mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, di cui all'art. 1957 del codice civile

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 1906 del 2 agosto 2007, emessa dal Tar Sicilia, Palermo

<Con il primo motivo di ricorso la ALFA s.n.c. deduce che, a differenza di quanto ritenuto dal seggio di gara, la polizza da lei prodotta in gara sarebbe stata conforme, sul punto contestato, alla lettera d'invito.

Il motivo merita accoglimento.

All'art. 1 del negozio fideiussorio in questione è dato di leggere che "Alle condizioni generali e particolari contenute nella presente polizza, la *****à (ossia, a termini della polizza medesima, la garante Unipol s.p.a.), fino alla concorrenza del capitale indicato e fino al momento della completa liberazione della Ditta obbligata (la ALFA s.n.c.) dagli obblighi nascenti dalla partecipazione alla gara, si costituisce fideiussore nell'interesse della Ditta medesima, per le somme che questa fosse tenuta a corrispondere all'Ente garantito in virtù degli obblighi ed oneri derivanti dalla sua partecipazione alla gara di appalto indicata nel frontespizio di polizza."

A fronte della chiara dizione di tale clausola negoziale, non possono sussistere dubbi sulla durata dell'obbligo del fideiussore, legato, come è dato di leggere, alla completa liberazione del debitore principale dagli obblighi da esso assunti verso l'Università per la partecipazione alla procedura selettiva.

Una tale espressione di volontà da parte del garante, infatti, elide la facoltà del fideiussore di avvalersi dell'eccezione di decadenza del creditore dal diritto di pretendere il risarcimento dal garante stesso in caso di mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, di cui all'art. 1957 del codice civile (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 27 aprile 2005 , n. 3123).

Inoltre, la richiamata pattuizione derogatoria alla norma dell'art. 1957 c.c. risulta perfettamente legittima, in quanto la decadenza del creditore dal diritto di pretendere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione principale per mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, ben può essere convenzionalmente esclusa per effetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore, trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti, la quale non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, da parte del fideiussore, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore (Cassazione civile, sez. I, 11 gennaio 2006 , n. 394; Cassazione civile, sez. III, 02 febbraio 2006, n. 2263).

La medesima volontà negoziale, inoltre, è chiaramente espressa nell'ambito di contratto intercorso fra la ricorrente e la società garante, per cui -al contrario di quanto sostenuto dalla difesa dell'Università-, la polizza esaminata risponde alle prescrizioni dell'art. 113, comma II, d.lgs. 1632006 e della lex specialis della procedura.

Pertanto, si palesa illegittima l'esclusione comminata in danno della ricorrente dal seggio di gara, che avrebbe dovuto rilevare come la polizza prodotta dalla ALFA s.n.c. fosse, in realtà, rispondente alle prescrizioni della legge di gara.

Il motivo in esame, pertanto, va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, ed assorbimento del secondo motivo, svolto in via subordinata.

2. - Non v'è luogo a provvedere neppure sulla domanda di risarcimento dei danni, che la ricorrente ha espressamente proposto in linea subordinata rispetto alla concessione della cautela (disposta con ordinanza n. 3387), i cui effetti elidono in radice la possibilità che si produca il pregiudizio derivante dall'illegittima esclusione.

3. - In conclusione, il ricorso, nella sua parte demolitoria, va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento gravato per quanto di ragione.>

Si legga anche il parere numero 109 dell' 11 aprile 2008 emesso dall' Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Una

cauzione provvisoria che riporti il seguente periodo: "resta fermo che eventuali vostre richieste di adempimento degli obblighi derivanti dalla presente dovranno comunque pervenirci entro 30 giorni da detto termine di validità, in difetto di che la garanzia resterà priva di ogni effetto, anche se non ci sarà restituita" costituisce un limite alla rinuncia di eccezione del termine di decadenza, di cui all'art. 1957 cod. civ., previsto dall'art. 75, comma 4, del D.Lgs. 163/2006?

L'articolo 75, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che la garanzia a corredo dell'offerta debba espressamente prevedere la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, codice civile. L'articolo in commento prevede, al primo comma, che il fideiussore rimanga obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze

contro il debitore. Ai sensi dei successivi secondo e terzo comma, la predetta disposizione si applica anche nel caso in cui il fideiussore abbia espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale, purché l'istanza contro il debitore sia proposta entro due mesi. Ne discende che il fideiussore rimane obbligato per il tempo posteriore alla scadenza dell'obbligazione principale solo nel caso in cui il creditore si faccia carico dell'onere di far valere le proprie istanze nei confronti del debitore principale entro il termine decadenziale di due mesi. Appare, pertanto, evidente l'intento perseguito dal legislatore con la previsione della rinuncia all'eccezione di cui ai commi 2 e 3 del citato articolo 1957 codice civile: offrire alla stazione appaltante una garanzia maggiore, riconducendola alla fattispecie disciplinata dal primo comma dell'articolo 1957 cod.civ. Ne consegue che la polizza fideiussoria presentata in gara riportante l'inciso contestato dalla stazione appaltante, introduce una condizione temporale che espressamente l'art. 75 succitato ha inteso eliminare, rendendo, pertanto, la garanzia fideiussoria non conforme alla normativa di settore. Sul punto occorre inoltre evidenziare che, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, le disposizioni contenute nei bandi di gara devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, in virtù del principio di eterointegrazione, con la conseguenza, pena l'esclusione, che gli offerenti sono obbligati ad adempiere a tutte le prescrizioni previste dalla norma

A cura di Sonia Lazzini

N. 1906/07 R.Sent.

N. 489 Reg.Gen.

ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Prima,
ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. **4892007**, Sezione I, proposto da **ALFA s.n.c.** in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Pinelli presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Palermo, piazza Virgilio n. 4, come da procura in calce al ricorso;

C O N T R O

l'Università degli Studi di Palermo in persona del Rettore pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo presso cui domicilia per legge in via Alcide De Gasperi n. 81;

PER L'ANNULLAMENTO

- del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per la realizzazione di un cablaggio strutturato nei locali dell'Area dei servizi agli studenti siti nel Parco d'Orleans di cui al verbale del 6.11.2006.

E PER IL RISARCIMENTO

dei danni subiti dalla ricorrente per i titoli di cui al ricorso.

VISTO il ricorso introduttivo del giudizio;

VISTI l'atto di costituzione in giudizio e la memoria prodotta dall'Università resistente;

VISTA l'ordinanza n. 3882007 del 20 marzo 2007, depositata in segreteria in pari data, con la quale è stata accolta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente;

VISTI gli atti tutti della causa;

DESIGNATO

relatore il Referendario Achille Sinatra;

UDITI, alla pubblica udienza del 19 giugno 2007, l'Avv. F. Pinelli per delega dell'Avv. G. Pinelli per la ricorrente e l'Avvocato dello Stato M. Pollara per la resistente;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

Con il ricorso in esame, notificato il 26-27 febbraio 2007 e depositato il successivo 9 marzo, la società ricorrente, partecipante alla gara per la realizzazione di un cablaggio strutturato nei locali dell'Area dei servizi agli studenti siti nel Parco d'Orleans indetta dall'Università degli Studi di Palermo, di cui alla lettera d'invito del 2 ottobre 2006, impugna l'esclusione da detta procedura disposta a suo danno dalla Commissione giudicatrice.

Nel verbale del 6.11.2006, redatto dalla suddetta Commissione, è dato di leggere che l'esclusione della ricorrente è stata disposta per l'asserita "violazione di precisa prescrizione della lettera d'invito", la quale imponeva, all'art. 11-d, che tra la documentazione da produrre a pena d'esclusione vi fosse anche una fideiussione per **cauzione** provvisoria recante -fra l'altro- l'espressa rinuncia del fideiussore all'eccezione di cui all'art. 1957, comma secondo, del codice civile.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) Violazione eo falsa eo erronea applicazione del bando di gara, della lettera d'invito e del c.s.a. - Eccesso di potere per istruttoria carente eo insufficiente - Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti - Eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità manifesta - Eccesso di potere per

sviamento dalla causa - Violazione del principio di bon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione-
Violazione della par condicio dei concorrenti alle pubbliche gare - Violazione del principio del favor
participationis previsto dalle norme comunitarie in materia di pubbliche gare - Violazione degli articoli 31
e 33 direttiva CEE 9250.

Nella circostanza l'Amministrazione avrebbe errato nell'escludere la ricorrente per l'asserita mancanza,
nella fideiussione per **cauzione** provvisoria, della rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., secondo
comma, da parte del garante, in quanto il testuale tenore della polizza, laddove fa riferimento al fatto che
la garanzia è prestata sino alla completa liberazione dell'obbligato principale dagli obblighi nascenti dalla
partecipazione alla gara, consentirebbe di rinvenire detta rinuncia tra le pattuizioni del suddetto negozio;
l'esclusione disposta dall'Università, pertanto, sarebbe ispirata ad eccessivo formalismo, in violazione del
principio del favor participationis.

2) Violazione dell'art. 46 del d.lgs. 1632006 - Violazione del principio della massima partecipazione dei
concorrenti alle gare ad evidenza pubblica. - Eccesso di potere per disparità di trattamento e violazione
della par condicio.

Qualora si ritenesse che la fideiussione presentata dalla ricorrente non fosse stata rispondente alle
prescrizioni della lettera d'invito, si dovrebbe, comunque, ritenere illegittima l'esclusione disposta dal
seggio di gara, che avrebbe dovuto ammettere la ricorrente stessa a integrare la documentazione già
presentata.

La ALFA s.n.c. ha chiesto l'annullamento del provvedimento impugnato, previa sua sospensione in sede cautelare, oltre che -in via subordinata e per il caso di mancata concessione della cautela- il risarcimento dei danni patiti per effetto dell'esclusione dalla gara.

Con ordinanza n. 3882007 del 20 marzo 2007 è stata accolta l'istanza cautelare di sospensione proposta ricorrente.

Si è costituita in giudizio l'intimata Università, la quale, con memoria, ha contrastato i motivi di ricorso, mettendo in particolare luce l'asserita assenza della clausola richiesta dalla legge di gara nella polizza prodotta dalla ricorrente.

All'udienza pubblica del 19 giugno 2007 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. - Con il ricorso in esame, la ALFA s.n.c. insorge avverso l'esclusione subita nel corso della gara per la realizzazione di un cablaggio strutturato nei locali dell'Area dei servizi agli studenti siti nel Parco d'Orleans bandita dall'Università degli Studi di Palermo, e dovuta, secondo la motivazione del provvedimento gravato, al fatto che la fideiussione per **cauzione** provvisoria presentata dalla ricorrente a corredo della sua offerta non avrebbe contenuto la clausola di rinuncia, da parte del garante, ad eccepire la decadenza del creditore dal diritto di pretendere l'adempimento dell'obbligazione per mancata

tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, di cui all'art. 1957 del codice civile.

2. - Con il primo motivo di ricorso la ALFA s.n.c. deduce che, a differenza di quanto ritenuto dal seggio di gara, la polizza da lei prodotta in gara sarebbe stata conforme, sul punto contestato, alla lettera d'invito.

Il motivo merita accoglimento.

All'art. 1 del negozio fideiussorio in questione è dato di leggere che "Alle condizioni generali e particolari contenute nella presente polizza, la Società (ossia, a termini della polizza medesima, la garante Unipol s.p.a.), fino alla concorrenza del capitale indicato e fino al momento della completa liberazione della Ditta obbligata (la ALFA s.n.c.) dagli obblighi nascenti dalla partecipazione alla gara, si costituisce fideiussore nell'interesse della Ditta medesima, per le somme che questa fosse tenuta a corrispondere all'Ente garantito in virtù degli obblighi ed oneri derivanti dalla sua partecipazione alla gara di appalto indicata nel frontespizio di polizza."

A fronte della chiara dizione di tale clausola negoziale, non possono sussistere dubbi sulla durata dell'obbligo del fideiussore, legato, come è dato di leggere, alla completa liberazione del debitore principale dagli obblighi da esso assunti verso l'Università per la partecipazione alla procedura selettiva.

Una tale espressione di volontà da parte del garante, infatti, elide la facoltà del fideiussore di avvalersi dell'eccezione di decadenza del creditore dal diritto di pretendere il risarcimento dal garante stesso in caso di mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, di cui all'art. 1957 del codice civile (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 27 aprile 2005 , n. 3123).

Inoltre, la richiamata pattuizione derogatoria alla norma dell'art. 1957 c.c. risulta perfettamente legittima, in quanto la decadenza del creditore dal diritto di pretendere dal fideiussore l'adempimento dell'obbligazione principale per mancata tempestiva proposizione delle azioni contro il debitore principale, ben può essere convenzionalmente esclusa per effetto di rinuncia preventiva da parte del fideiussore, trattandosi di pattuizione affidata alla disponibilità delle parti, la quale non urta contro alcun principio di ordine pubblico, comportando soltanto l'assunzione, da parte del fideiussore, del maggior rischio inerente al mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore (Cassazione civile, sez. I, 11 gennaio 2006 , n. 394; Cassazione civile, sez. III, 02 febbraio 2006, n. 2263).

La medesima volontà negoziale, inoltre, è chiaramente espressa nell'ambito di contratto intercorso fra la ricorrente e la società garante, per cui -al contrario di quanto sostenuto dalla difesa dell'Università-, la polizza esaminata risponde alle prescrizioni dell'art. 113, comma II, d.lgs. 1632006 e della lex specialis della procedura.

Pertanto, si palesa illegittima l'esclusione comminata in danno della ricorrente dal seggio di gara, che avrebbe dovuto rilevare come la polizza prodotta dalla ALFA s.n.c. fosse, in realtà, rispondente alle prescrizioni della legge di gara.

Il motivo in esame, pertanto, va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato, ed assorbimento del secondo motivo, svolto in via subordinata.

2. - Non v'è luogo a provvedere neppure sulla domanda di risarcimento dei danni, che la ricorrente ha espressamente proposto in linea subordinata rispetto alla concessione della cautela (disposta con ordinanza n. 3387), i cui effetti elidono in radice la possibilità che si produca il pregiudizio derivante dall'illegittima esclusione.

3. - In conclusione, il ricorso, nella sua parte demolitoria, va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento gravato per quanto di ragione.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nella misura di cui al dispositivo.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Prima, accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso in epigrafe indicato, e per l'effetto annulla per quanto di ragione il verbale di gara impugnato.----

Condanna l'Università degli Studi di Palermo al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in complessivi euro 2.0000 (duemila0), oltre IVA e CPA come per legge.-----

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.-----

Così deciso in Palermo, in Camera di Consiglio addì 19 giugno 2007, con l'intervento dei Signori Magistrati:

Giorgio Giallombardo

Presidente

Agnese Anna Barone

Referendario

Achille Sinatra

Referendario - estensore

_____ Presidente

_____ Estensore

_____ Segretario

Depositata in Segreteria il 2 agosto 2007

Il Segretario

G.M.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nella misura di cui al dispositivo.

<https://www.diritto.it/la-mancata-previsione-in-una-polizza-fideiussoria-provvisoria-della-clausola-di-rinuncia-da-parte-del-garante-ad-eccepire-la-decadenza-del-creditore-dal-diritto-di-pretendere-l-adempimento-dell-ob/>