

L'impegno di un fideiussore (che deve essere abbinato alla cauzione provvisoria) deve provenire da un garante, terzo rispetto al futuro rapporto contrattuale fra committente ed aggiudicatario

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'impegno in questione non poteva essere assunto da una partecipante dell'Ati in quanto trattasi di soggetto che non è terzo rispetto all'A.T.I. stessa e non è abilitato al rilascio della fidejussione.

La fidejussione, ai sensi dell'art. 1936 c.c., è volta a garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui e quindi non può essere prestata da un soggetto in favore di se stesso l'istituto è volto ad assicurare il sostanziale ampliamento della garanzia patrimoniale con l'allargamento del numero dei patrimoni coinvolti nella vicenda dell'eventuale inadempimento.

La società ricorrente impugna gli atti con i quali è stato aggiudicato alla controinteressata ATI tra Controinteressata due S.p.A. e Controinteressata S.p.A. il "servizio di gestione delle procedure relative all'applicazione delle sanzioni derivanti da illeciti amministrativi, di noleggio, installazione e manutenzione di sistemi di rilevamento automatico di violazioni delle norme del C.d.S. (Passaggio con semaforo rosso e limiti massimi di velocità) e gestione del contenzioso" a seguito di gara di appalto con procedura aperta.

La medesima si è classificata al secondo posto della relativa graduatoria.

Allo stato, a seguito della concessione della misura cautelare, il contratto non risulta essere stato

stipulato.

la violazione dell'art. 8.1, punto 10, del disciplinare di gara, il quale richiedeva - in applicazione dell'art. 75, comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006 - la presentazione, in sede di offerta, a pena di esclusione dalla gara, di un "impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualora il concorrente risultasse affidatario".

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Va rilevata l'assorbente fondatezza della censura che concerne la violazione dell'art. 8.1, punto 10, del disciplinare di gara, il quale richiedeva - in applicazione dell'art. 75, comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006 - la presentazione, in sede di offerta, a pena di esclusione dalla gara, di un "impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualora il concorrente risultasse affidatario".

In punto di fatto, si rileva che la costituenda A.T.I. Controinteressata due - Controinteressata S.p.A. ha presentato, in allegato all'offerta, una dichiarazione in data 31 luglio 2008 di Controinteressata S.p.A., con la quale la medesima società si è impegnata "a rilasciare apposita garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, qualora il partecipante costituendo RTI, composto dalla società mandataria CONTROINTERESSATA DUE S.A. e dall'impresa mandante Controinteressata S.p.A., risultasse affidatario".

La censura, interpretata con riferimento al contenuto sostanziale, è volta a sostenere che l'impegno in questione non poteva essere assunto da *****, in quanto trattasi di soggetto che non è terzo rispetto all'A.T.I. aggiudicataria e non è abilitato al rilascio della fidejussione.

Essa è fondata.

Infatti, delle due l'una:

a) se la dichiarazione va intesa - secondo una prima prospettazione difensiva della controinteressata - nel senso che ***** si sia impegnata a farsi rilasciare una fidejussione da un altro soggetto imprenditoriale in esito all'aggiudicazione, essa va considerata carente, in quanto la normativa di gara prescrive l'assunzione di un impegno da parte del (futuro) fideiussore;

b) se la dichiarazione va intesa, più propriamente, come espressione di un impegno "a rilasciare" la garanzia, assunto da ***** in proprio, essa è comunque illegittima per quanto qui interessa, in quanto:

- la fidejussione, ai sensi dell'art. 1936 c.c., è volta a garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui e quindi non può essere prestata da un soggetto in favore di se stesso;

- neppure appare condivisibile, al riguardo, l'argomento difensivo che fa leva sulla distinzione soggettiva tra l'A.T.I. e le società che vi partecipano, atteso che - in disparte ogni ulteriore possibile considerazione - in questo modo verrebbe formalisticamente elusa la "ratio" dell'istituto, il quale è volto ad assicurare il sostanziale ampliamento della garanzia patrimoniale con l'allargamento del numero dei patrimoni coinvolti nella vicenda dell'eventuale inadempimento.

4. Il ricorso va quindi accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, previo assorbimento delle ulteriori censure.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 10911 del 12 maggio 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

N. 10911/2010 REG.SEN.

N. 08891/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 8891 del 2009, proposto da:

Soc. Ricorrente Spa, in proprio e come mandataria del Rti con Soc. Ricorrente due Automation Spa e Soc. Ricorrente tre Srl, rappresentati e difesi dall'Avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Emilia, 81,

contro

Comune di Marino, in persona del Sindaco p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, via Premuda, 6,

nei confronti di

Controinteressata Spa, in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli Avv. ti ***** e *****, con domicilio eletto presso Norton Rose Studio Legale in Roma, via di Parione, 12;

Soc Controinteressata due Sa + Ati Soc Controinteressata due Sa e Controinteressata S.p.A.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione dirigenziale n. 24/2009 recante l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di gestione delle procedure relative all'applicazione delle sanzioni derivanti da illeciti amministrativi indetta dal Comune di Marino;

- della graduatoria definitiva della gara e dei relativi verbali;

- degli atti connessi e consequenziali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Marino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i

difensori come specificato nel verbale;

Considerato in fatto e in diritto:

1. Alla stregua dell'art. 245, comma 2 - undecies, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il presente ricorso va deciso con sentenza redatta in forma semplificata.

2. La società ricorrente impugna gli atti con i quali è stato aggiudicato alla controinteressata ATI tra Controinteressata due S.p.A. e Controinteressata S.p.A. il "servizio di gestione delle procedure relative all'applicazione delle sanzioni derivanti da illeciti amministrativi, di noleggio, installazione e manutenzione di sistemi di rilevamento automatico di violazioni delle norme del C.d.S. (Passaggio con semaforo rosso e limiti massimi di velocità) e gestione del contenzioso" a seguito di gara di appalto con procedura aperta.

La medesima si è classificata al secondo posto della relativa graduatoria.

Allo stato, a seguito della concessione della misura cautelare, il contratto non risulta essere stato stipulato.

3. Va rilevata l'assorbente fondatezza della censura che concerne la violazione dell'art. 8.1, punto 10, del disciplinare di gara, il quale richiedeva - in applicazione dell'art. 75, comma 8 del D. Lgs. n. 163/2006 - la presentazione, in sede di offerta, a pena di esclusione dalla gara, di un "impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualora il concorrente risultasse affidatario".

In punto di fatto, si rileva che la costituenda A.T.I. Controinteressata due - Controinteressata S.p.A. ha presentato, in allegato all'offerta, una dichiarazione in data 31 luglio 2008 di Controinteressata S.p.A., con la quale la medesima società si è impegnata "a rilasciare apposita garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, qualora il partecipante costituendo RTI, composto dalla società mandataria CONTROINTERESSATA DUE S.A. e dall'impresa mandante Controinteressata S.p.A., risultasse affidatario".

La censura, interpretata con riferimento al contenuto sostanziale, è volta a sostenere che l'impegno in questione non poteva essere assunto da *****, in quanto trattasi di soggetto che non è terzo rispetto all'A.T.I. aggiudicataria e non è abilitato al rilascio della fidejussione.

Essa è fondata.

Infatti, delle due l'una:

a) se la dichiarazione va intesa - secondo una prima prospettazione difensiva della controinteressata - nel senso che ***** si sia impegnata a farsi rilasciare una fidejussione da un altro soggetto imprenditoriale in esito all'aggiudicazione, essa va considerata carente, in quanto la normativa di gara prescrive l'assunzione di un impegno da parte del (futuro) fideiussore;

b) se la dichiarazione va intesa, più propriamente, come espressione di un impegno "a rilasciare" la garanzia, assunto da ***** in proprio, essa è comunque illegittima per quanto qui interessa, in quanto:

- la fidejussione, ai sensi dell'art. 1936 c.c., è volta a garantire l'adempimento di un'obbligazione altrui e quindi non può essere prestata da un soggetto in favore di se stesso;

- neppure appare condivisibile, al riguardo, l'argomento difensivo che fa leva sulla distinzione soggettiva tra l'A.T.I. e le società che vi partecipano, atteso che - in disparte ogni ulteriore possibile considerazione - in questo modo verrebbe formalisticamente elusa la "ratio" dell'istituto, il quale è volto ad assicurare il sostanziale ampliamento della garanzia patrimoniale con l'allargamento del numero dei patrimoni coinvolti nella vicenda dell'eventuale inadempimento.

4. Il ricorso va quindi accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, previo assorbimento delle ulteriori censure.

5. Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II - bis, definitivamente decidendo sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

Francesco Arzillo, *****
*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/05/2010

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/l-impegno-di-un-fideiussore-che-deve-essere-abbinato-alla-cauzione-provvisoria-deve-provenire-da-un-garante-terzo-rispetto-al-futuro-rapporto-contrattuale-fra-committente-ed-aggiudicatario/>