

## **Anche se il valore della provvisoria rientra tra i poteri di firma dell'Agente di assicurazioni, non è detto che vi sia la possibilità, automatica, di sottoscrivere anche la polizza definitiva (Sent. N. 01808/2011)**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

In realtà uno dei motivi per i quali viene richiesta l'autentica notarile dei POTERI DI FIRMA DEL FIDEIUSSORE, è proprio quello di verificare se il sottoscrittore del garante ha l'autonomia contrattuale per impegnare la compagnia anche a sottoscrivere la cauzione definitiva

Tanto più, merita ricordarlo, che la mancata presentazione della cauzione definitiva comporta l'escussione della provvisoria

In alcuni casi pertanto, la Compagnia di assicurazioni potrebbe preferire farsi escutere la cauzione provvisoria (tanto poi esiste la rivalsa, a semplice richiesta scritta, nei confronti della ditta obbligata) piuttosto che emettere una definitiva il cui importo, magari, non rientra nei limiti dell'affidamento concesso

Viene da chiedersi, ma allora se un Agente ha limitati poteri di firma, non potrà mai emettere una polizza provvisoria la cui successiva polizza definitiva superi i suoi limiti di procura?

La risposta sta nella conoscenza dell'organizzazione interna che una Compagnia si può dare: l'Agente infatti dovrà richiedere una specifica autorizzazione ai referenti direzionali ed eventualmente già la fideiussione provvisoria potrà essere firmata da un funzionario a ciò debitamente autorizzato e del quale il

notaio confermi la relativa posizione legittimante alla sottoscrizione anche della definitiva

Pertanto

Non è assolutamente condivisibile la tesi del Tar Bari\_ sentenza numero 1808 del 30 novembre 2011\_ relativamente alla possibilità, per un Agente di assicurazioni con procura fino a 130.000 di poter sottoscrivere una polizza provvisoria di 75.000 euro che, sebbene di valore rientrante nei limiti di detta procura, presuppone comunque un impegno, in caso di aggiudicazione, ad emettere una polizza definitiva di importo cinque volte superiore (senza calcolare gli eventuali ribassi d'asta)

#### **SOLO UN'ULTERIORE FONDAMENTALE OSSERVAZIONE**

**Dal 14 maggio 2011, ENTRATA IN VIGORE NEL NOSTRO ORDINAMENTO, DEL PRINCIPIO GENERALE DELLA TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE, NON E' PIU' LEGITTIMO RICHIEDERE, A PENA DI ESCLUSIONE, L'AUTENTICA NOTARILE DA ABBINARE, IN SEDE DI OFFERTA, ALLA FIDEIUSSIONE PROVVISORIA**

Passaggio tratto dalla sentenza numero 1808 del 30 novembre 2011 pronunciata dal Tar Puglia, Bari

Con la restante censura, la ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'aggiudicataria in relazione al fatto che la cauzione provvisoria, prodotta tramite una fideiussione della Compagnia garante Assicurazioni, non sarebbe valida; ciò, secondo la tesi attorea, perché l'agente che l'ha sottoscritta é fornito di mandato di firma singola solo per i contratti non superiori a € 130.000.

Il ragionamento sviluppato dall'istante è così articolato: considerato che la fideiussione provvisoria (di

valore pari a circa € 75.000) contiene la promessa di quella definitiva che è ben superiore, ciò travalicherebbe i poteri dell'agente.

Gli argomenti in sintesi riferiti non possono essere condivisi per motivi sia di ordine letterale sia logico. L'agente ha infatti concluso un contratto di fideiussione (provvisoria) perfettamente rientrante nei suoi poteri quanto a valore; le fideiussioni di tal fatta, rilasciate per garantire all'amministrazione la conclusione del contratto di appalto, non possono che comprendere la promessa di futura fideiussione (definitiva), perché altrimenti risulterebbero inutilizzabili e comporterebbero così l'esclusione del soggetto garantito, ai sensi dell'articolo 75, ottavo comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163; di conseguenza, tale clausola promissoria è elemento imprescindibile della fideiussione provvisoria e perciò deve ritenersi rientrante nell'ambito della procura interpretata secondo gli ordinari canoni, di cui all'articolo 1362 e seguenti del codice civile. In concreto, la rilasciata procura appunto abilita espressamente e specificamente l'agente a sottoscrivere a nome dell'assicurazione "polizze fidejussorie a favore di Enti pubblici per partecipazione a gare d'appalto".

Le censure avanzate devono perciò ritenersi infondate

Si legga

Tar Campania, Napoli, con la sentenza numero 7587 del 28 settembre 2006

T.A.R. del Trentino Alto Adige, sede di Trento, con la sentenza numero 72 del 24 febbraio 2003

Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano, Sentenza numero 400 depositata il 02.09.2004

Tar Veneto, Venezia, con la sentenza numero 2032 del 25 giugno 2007

sentenza numero 22062 dell'1 luglio 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

sentenza numero 52 del 14 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

decisione numero 2387 del 19 aprile 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

il seguente passaggio tratto da Tar Campania, Napoli, con la sentenza numero 7587 del 28 settembre 2006

<< Con ricorso regolarmente notificato e depositato, parte ricorrente, premesso che:

l'amministrazione resistente bandiva una gara avente ad oggetto la realizzazione di lavori per la costruzione del Centro Servizi Enogastronomici dell'Alto Tammaro, prevedendo al punto 4j del disciplinare di gara, la necessaria produzione di una attestazione dei poteri di firma dell'agente assicurativo da parte del notaio;

che cinque delle ditte partecipanti (tra cui l'ATI ricorrente e quella odierna controinteressata), riscontrata l'equivocità dell'attestazione notarile allegata alla polizza fideiussoria, venivano invitate a presentare entro 5 giorno (a pena di esclusione) **una dichiarazione notarile integrativa a conferma dei poteri di firma dell'agente assicurativo per quanto riguarda il rilascio della cauzione provvisoria e l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva e la polizza per i rischi dell'esecuzione dell'opera;**

(...)

Parimenti infondata si presenta l'ulteriore censura volta a contestare la legittimità dell'intervento di integrazione documentale disposto dalla stazione appaltante per effetto dell'insufficienza delle attestazioni notarili relativi al possesso di pieni poteri di sottoscrizione in capo agli agenti sottoscrittori delle polizze. Ed, invero - premesso, in termini generali, che nello svolgimento delle gare per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, la richiesta di completamento della documentazione e delle dichiarazioni presentata ovvero di trasmissione dei necessari chiarimenti è rimessa al prudente apprezzamento dell'amministrazione, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della par condicio dei conterranei, rispetto ai quali, al contrario, assume rilievo l'effettività del possesso dei requisiti - con riferimento al caso di specie si osserva come tale potere di richieste integrative risulti correttamente esercitato sulla scorta dell'accertata discrasia tra le previsioni di bando (che imponevano di presentare una polizza fideiussoria corredata da apposita dichiarazione notarile che accertasse non solo l'identità della sottoscrittrice della garanzia, ma anche l'esistenza in capo a questi dei necessari poteri di rappresentanza della società assicuratrice a rilasciare la tipologia di polizza richiesta) e le attestazioni notarili presentate dalla cinque ditte ammesse alla gara, contenenti dichiarazioni non del tutto univoche sul punto. Ne deriva che correttamente la stazione appaltante - ritenuto che, da un lato, la non univoca dichiarazione resa dal notaio non concretizza un inadempimento delle imprese concorrenti in ragione della sua provenienza da un terzo soggetto e del suo tenore testuale; e, dall'altro, che il carattere perplesso e non immediatamente percepibile del contenuto di una dichiarazione già resa, a fronte dell'interesse dell'amministrazione ad avere certezza in ordine a siffatto aspetto, giustificasse l'attivazione del potere di richiesta di integrazione documentale senza incidere sul principio del par condicio - ha disposto l'ammissione dell'odierna controinteressata e delle altre ditte a condizione che le stesse producessero, entro il termine perentorio di cinque giorni, idonea documentazione comprovante l'esistenza in capo all'agente che ha impegnato la società assicurativa relativamente alle polizze ed impegni richiesti dal punto 4/j) del disciplinare di gara.>>

§§§§§§§§

Il T.A.R. del Trentino Alto Adige, sede di Trento, con la sentenza numero 72 del 24 febbraio 2003 si occupa del ricorso avverso del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento in appalto del servizio di controllo rendicontuale e finanziario degli interventi formativi a supporto tecnico del Servizio addestramento e formazione professionale della Provincia autonoma di Trento

La lagnanza si basa sulla presunta irregolarità, rispetto alle prescrizioni del bando di gara, della polizza provvisoria presentata dalla ricorrente.

L'adito giudice amministrativo conferma l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice sulla base delle seguenti considerazioni:

- l'istituto della "cauzione provvisoria", teso a garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, è certamente configurabile, pur in assenza di un preciso obbligo di legge (come, invece, per l'appalto di opere pubbliche), anche per l'appalto di servizi

Si è quindi in presenza di disposizioni pienamente legittime, che non si pongono in contrasto né con il D.lgs. n. 157 del 1995 - che non contiene alcun divieto al riguardo -, né con l'art. 8 della legge provinciale n. 23 del 1990 - in cui si prevede che "per la stipulazione dei contratti di cui alla presente legge non è richiesta la prestazione di cauzione provvisoria" -, trattandosi di una norma afferente genericamente all'attività contrattuale della P.A.T. e come tale non certo idonea ad impedire la previsione di una cauzione provvisoria nella fase di partecipazione alla gara per le imprese concorrenti: ed è appunto in questi termini, e con carattere di mera sussidiarietà al D.lgs. n. 157 del 1995, che la citata legge provinciale viene richiamata dal bando di gara e dalle allegare norme di partecipazione

•  
la portata dell' art. 4 (paragrafo 4.1) delle Norme di partecipazione alla gara sia estremamente chiara, laddove, individuando le modalità di costituzione della cauzione provvisoria, contempla la possibilità di effettuarla mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria, sottoscritte dal legale rappresentante dell'Istituto di credito o della Compagnia di assicurazione, con autentica notarile oppure con dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000, contenenti l'espressa indicazione del potere di impegnare validamente il soggetto fideiussore.

Poiché nella fattispecie, la Società ricorrente ha prodotto polizza fideiussoria sottoscritta da un funzionario procuratore di una Compagnia, . peraltro non accompagnata da autentica notarile o da dichiarazione sostitutiva attestante il potere del sottoscrittore di impegnare la Compagnia assicuratrice a dare piena esecuzione ai contenuti della prestata garanzia., il giudice amministrativo conferma che "La cauzione provvisoria effettuata in questi termini non rispecchia né la lettera né la ratio della ricordata disposizione normativa, ponendosi anzi in contrasto con la stessa: e, considerando che si tratta di prescrizione dettata dall'esigenza di garantire la correttezza dell'offerta nel rispetto della par condicio delle Imprese concorrenti e perciò posta a pena di esclusione, il mancato rispetto della stessa ha comportato appunto - in forza della preminenza del criterio formale più volte affermato da questo Tribunale amministrativo (si veda, fra le altre, la sentenza n. 243 del 2001) - l'esclusione dalla gara della Società ricorrente."

L'emarginata sentenza va inoltre segnalata per le acute precisazioni in materia di potere del legale rappresentante" dell'Istituto di credito o della Compagnia di assicurazione.

Osservano infatti i giudici trentini: che il concetto di "legale rappresentante" dell'Istituto di credito o della Compagnia di assicurazione, va inteso nel senso del "procuratore" che abbia il potere:

- non solo di sottoscrivere l'atto fideiussorio,
- ma anche quello di impegnare il soggetto garante così come richiesto dalla normativa di gara:

In concreto, ciò che rileva non è il fatto che la firma della fideiussione bancaria o della polizza fideiussoria sia quella di un procuratore dell'Istituto di credito o della Compagnia assicuratrice - il che è avvenuto per tutte le concorrenti -, ma la connotazione del procuratore in parola, che per le Società controinteressate risulta, in forza di espressa indicazione mediante autentica notarile o autodichiarazione, titolare del potere di impegnare **in toto** il soggetto garante, mentre altrettanto non è a dirsi per la ricorrente che non lo ha esplicitato in nessuno dei due modi previsti dalla normativa (e del resto, non traspare neppure dal successivo atto del 20.11.2002).

Ora quest'ultima affermazione ha un rilevanza non indifferente negli appalti pubblici di lavori.

Si ricorderà infatti che la norma della Legge Merloni prevede che il fideiussore della provvisoria (2%) debba impegnarsi ad emettere, in caso di aggiudicazione, anche la polizza definitiva. (10%).

Tale impegno, se sottoscritto da un'Agente di Assicurazione, all'atto dell'emissione di una garanzia pari al 2% dell'importo del valore indicato nella gara, impegna **in toto** la Compagnia ad emettere un successiva cauzione (la definitiva appunto) per un importo come minimo 5 volte superiore.



Si ricorderà inoltre che la Legge 109/94 ha subito l'ultima modificazione da parte della Legge 166/2002 entrata in vigore in agosto dello stesso anno.

Tra le novità, segnaliamo il maggior importo della definitiva in caso di ribassi d'asta superiori rispettivamente al 10 o al 20 per cento dell'importo dei lavori.

Ciò significa un aumento, a volte anche molto rilevante, del rapporto fra l'importo della provvisoria e quella della definitiva.

E quindi, anche alla luce dell'emarginata sentenza, diventa quasi necessario, se non utilissimo, da parte delle amministrazioni, demandare ad un notaio (o all'autocertificazione), il verificare che il "legale rappresentante" sia realmente dotato dei poteri per l'emissione di entrambe le garanzie, onde evitare il verificarsi di un aggiudicatario .....sprovvisto di "definitiva" (con tutte le note conseguenze che questo comporta!!!)

§§§§§§§§

Legittima la richiesta di autentica notarile della firma dei rappresentanti legali del fideiussore nonché di attestazione dell'avvenuto preventivo accertamento nei medesimi dei relativi poteri.

Non sempre però il parere del giudice amministrativo è risultato così palesemente d'accordo con la necessaria esclusione dalla procedura pubbliche delle imprese la cui cauzione non risulta accompagnata da tale autentica

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa, Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano,

Sentenza numero 400 depositata il 02.09.2004 ci ripropone il problema della legittimità della richiesta dell'autentica di firma del fideiussore di una cauzione provvisoria optanto per l'obbligo di esclusione in caso di mancata autentica delle firme del garante

I fatti:

Nella lettera di invito relativa alla procedura concorsuale di cui è causa (per l'affidamento della fornitura e posa in opera di 35 pensiline per le fermate di autobus presenti su strade della provincia di Bolzano) era stabilito (cap. VI) che a garanzia della serietà dell'offerta doveva essere prestata cauzione provvisoria e definitiva a mezzo fideiussione bancaria o polizza assicurativa a pena di nullità secondo lo schema allegato e che la firma dei rappresentanti legali dell'istituto emittente doveva essere autenticata da parte del notaio, o altra autorità secondo la legislazione italiana, il quale dovrà altresì attestare l'avvenuto preventivo accertamento nei medesimi dei relativi poteri.

La decisione:

La *lex specialis* (cap. IV della lettera di invito) prevede espressamente, tra i motivi di esclusione dell'offerta, la presentazione di una fideiussione "diversa dallo schema", la quale non conformità, a mente del secondo comma del cap. VI, è sancita la "nullità" ( che equivale a inesistenza) della fideiussione.

L'importanza sostanziale - e non solo formale - della prescrizione è spiegata al quarto comma dello stesso cap. VI, laddove la norma, ribadendo la necessità dell'autentica, richiede al notaio altresì l'attestazione relativa ai poteri dei firmatari della fideiussione.

Ma ancorché si volesse qualificare la mancata autentica come mera irregolarità, dal momento che essa è prevista dalla *lex specialis* come motivo di esclusione, vige il principio della imperatività della clausola,

che esclude ogni valutazione discrezionale.

In questo caso il criterio teleologico, e anche l'interesse alla maggior possibile partecipazione alla gara, deve cedere di fronte al criterio formale (in questo senso: T.R.G.A. Sezione autonoma di Bolzano sent. n. 209/1997).

§§§§§§§§§§§§

E' a discrezione dell'Amministrazione richiedere un'attestazione dei poteri di firma del fideiussore con l'intento di < conferire certezza in ordine alla provenienza delle garanzie medesime.>

E' assolutamente legittimo che un'amministrazione imponga la seguente clausola di gara :<la cauzione provvisoria a pena di esclusione dell'offerta, come tutte le garanzie e polizze richieste nella fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto dovranno riportare espressamente ed in ogni caso la dichiarazione della sussistenza del "potere di firma" in capo al soggetto che sottoscrive il contratto di garanzia ed, altresì, l'autentica della firma stessa: a tal fine si richiamano anche le disposizioni, in tema di autocertificazione, recate dagli articoli 38, 47 3 76 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445".>

Il Tar Veneto, Venezia, con la sentenza numero 2032 del 25 giugno 2007 ritiene legittimo il comportamento di un'amministrazione per aver escluso da una procedura ad evidenza pubblica, una partecipante la cui offerta era priva dell'indicazione dei poteri di firma del fideiussore

Ritiene infatti l'adito giudice che:

< E' indubbio, quindi, che la lex specialis della gara sanziona espressamente la mancata indicazione del

predetto “potere di firma” del sottoscrittore della garanzia, nonché la mancata autenticazione della firma stessa, con l’esclusione dalla gara.

Né può affermarsi che tale disciplina contrasta con l’art. 75 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, posto che in tale fonte legislativa non si rinvencono preclusioni per le stazioni appaltanti di introdurre in sede di lex specialis della gara particolari cautele idonee a soddisfare l’esigenza di affidabilità della garanzia richiesta e, quindi, finalizzate a conferire certezza in ordine alla provenienza delle garanzie medesime.>

§§§§§§§§§§§§

sentenza numero 22062 dell’1 luglio 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

L’autentica notarile della firma (del garante della fideiussione provvisoria) non può essere considerata una prescrizione ingiustificatamente aggravante il procedimento de qua, in ragione alla finalità cui la stessa è connessa.

Tale prescrizione, invero, consente l’acquisizione da parte della stazione appaltante delle certezze circa l’identità della persona che ha sottoscritto l’atto - in specie la cauzione provvisoria e l’impegno stipularne una definitiva in caso di aggiudicazione - conferendole il crisma della legale autenticità.

Questo elemento, lungi dal rappresentare un vuoto formalismo, è diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l’imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica.

la parte ricorrente non ha dimostrato che l’apposizione di autentica notarile costituisca adempimento

particolarmente gravoso, tanto da impedire la partecipazione alla gara, avendo affermato la medesima parte di avere omesso l'invio dell'autentica alla firma digitale per un mero errore tecnico.

In via gradata, la ricorrente, con il terzo motivo di ricorso, ha censurato la clausola della lex di gara che ha imposto alle partecipanti la formalità dell'autentica della firma digitale, che avrebbe imposto un ingiustificato aggravamento degli oneri incombenti al privato che partecipa al procedimento concorsuale, in assenza di un apprezzabile interesse pubblico.

Viene in rilievo l'art. 74, comma 5, del decreto legislativo n. 163 del 2006, che nel prevedere il principio di proporzionalità nel confezionamento delle regole di gara, stabilisce espressamente che la stazione appaltante può richiedere oltre agli elementi essenziali di cui al comma 2, "gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta."

L'Amministrazione procedente non può senz'altro aggravare la partecipazione dei concorrenti alla selezione, a meno che non motivi espressamente e specificamente circa le ragioni che impongono alle concorrenti la produzione di documenti contenenti anche altri elementi oltre a quelli essenziali che, per il caso delle garanzie a corredo dell'offerta sono enucleati nel successivo art. 75.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Una corretta interpretazione della norma in esame, anche alla stregua dei principi comunitari di trasparenza e massima partecipazione alle procedure volte all'affidamento di commesse pubbliche, fa ritenere che l'esclusione dalla selezione può però essere legittimamente prevista dall'Amministrazione procedente nella lex specialis di gara, oltre alle ipotesi che il Codice dei contratti pubblici individua come insuperabili prescrizioni imposte ai concorrenti nella dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, anche quando la prescrizione "speciale" ad excludendum sia proporzionalmente

necessitata dall'oggetto del contratto da stipularsi ovvero da particolari modalità di esecuzione del lavoro, servizio o fornitura da effettuarsi, che giustifichino un aggravamento partecipativo.

Sulla base di tale premessa, ritiene il Collegio che l'autentica notarile della firma non può essere considerata una prescrizione ingiustificatamente aggravante il procedimento de qua, in ragione alla finalità cui la stessa è connessa.

Tale prescrizione, invero, consente l'acquisizione da parte della stazione appaltante della certezza circa l'identità della persona che ha sottoscritto l'atto - in specie la cauzione provvisoria e l'impegno stipularne una definitiva in caso di aggiudicazione - conferendole il crisma della legale autenticità. Questo elemento, lungi dal rappresentare un vuoto formalismo, è diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica.

Bisogna, altresì, considerare che la polizza fideiussoria non ha la consistenza di una mera dichiarazione di scienza, ma di una dichiarazione di volontà, di effetto costitutivo, con la quale il fidejussore si obbliga a pagare al creditore garantito (in questo caso, la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro determinata.

Pertanto, in considerazione del fatto che la prescrizione omessa è relativa alla polizza fideiussoria che non è un semplice documento, ma piuttosto uno strumento contrattuale, la stessa è destinata ad assolvere un preminente interesse pubblico, cui recede senz'altro quello del partecipante alla gara di vedersi ridotte al minimo indispensabile le formalità necessarie per la partecipazione alla gara.

Da ultimo, osserva il Collegio che la parte ricorrente non ha dimostrato che l'apposizione di autentica notarile costituisca adempimento particolarmente gravoso, tanto da impedire la partecipazione alla gara, avendo affermato la medesima parte di avere omesso l'invio dell'autentica alla firma digitale per un mero errore tecnico.

§§§§§§§§§§

sentenza numero 52 del 14 gennaio 2011 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

E' facolta' (e non un obbligo di legge) della stazione appaltante richiedere la sussistenza del "potere di firma" in capo al soggetto che sottoscrive il contratto di garanzia

La polizza fideiussoria è un documento identificativo di un negozio giuridico di diritto privato e, conseguentemente, è disciplinata dalle norme civilistiche dettate in tema di scrittura privata e relative alla natura e ai requisiti di quest'ultima

Inoltre, nella fattispecie si è potuto accertare che la compagnia assicurativa non solo non ha mai contestato le sottoscrizioni apposte sulla polizza, ma ha espressamente certificato i poteri conferiti a mezzo di procura speciale al proprio rappresentante, il quale - a sua volta - ha riconosciuto come propria la firma apposta sulla polizza in questione, con ciò sgombrando il campo da ogni dubbio circa la specifica riferibilità della polizza al soggetto garante.

deve essere altresì rigettata l'istanza di risarcimento del danno, in quanto priva del necessario presupposto, rappresentato dal verificarsi di una condotta dell'Amministrazione illegittima e quindi lesiva della situazione giuridica soggettiva fatta valere

Nel testo della polizza assicurativa prodotta è possibile individuare l'impegno della garante al rilascio della garanzia definitiva

La RICORRENTE -Ricorrentee s.r.l. (di seguito RICORRENTE ), ha partecipato, in costituenda

associazione temporanea di imprese (A.T.I.) con Ricorrente 2 System Italia s.p.a., Ricorrente 3 Italia s.r.l. e Ricorrente 4 s.r.l. Tecnologie & Sicurezza, alla gara indetta dall'Azienda ospedaliera Treviglio-Caravaggio per l'affidamento, con il sistema della procedura aperta, del servizio di manutenzione globale delle apparecchiature elettromedicali occorrenti all'Azienda Ospedaliera.

Con aggiudicazione definitiva del 23 aprile 2010, comunicata ad RICORRENTE solo il 26 aprile 2010, la gara è stata assegnata al costituendo R.T.I. tra Controinteressata s.p.a.. e CONTROINTERESSATA 2 s.p.a..

RICORRENTE , però, ravvisando plurimi profili di illegittimità ha impugnato gli atti relativi alla gara, deducendo violazione dei principi di imparzialità, buon andamento della P.A. e della par condicio, nonché dell'art. 75 del d. lgs. 163/06 comma 8. In tali vizi sarebbe incorsa la stazione appaltante nell'ammettere alla gara il raggruppamento temporaneo controinteressato, nonostante la produzione di una polizza assicurativa non valida.

La polizza assicurativa presentata a titolo di cauzione, infatti, sarebbe nulla perché risulterebbe impossibile individuare il soggetto che si è obbligato per conto dell'Assicurazione e perché, proprio in ragione di ciò, non sarebbe idonea a garantire l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva.

In ragione di ciò, parte ricorrente ha richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e il risarcimento del danno in forma specifica, attraverso l'aggiudicazione del servizio e comunque per equivalente, attraverso la condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma da quantificarsi in esito all'istruttoria o, in difetto, liquidata in via equitativa dal Giudice adito in misura pari al danno non risarcito o non risarcibile in forma specifica.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, la quale ha eccepito l'infondatezza del ricorso, evidenziando come l'art. 4 delle "condizioni generali di assicurazione" della polizza dalla stessa prodotta prevedesse



l'impegno al rilascio della garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto e la successiva "dichiarazione d'impegno" facesse espressamente riferimento all'impegno a rilasciare la cauzione definitiva. La polizza, inoltre, risultava stipulata su carta intestata della "Garante Assicurazioni Spa" e recava indicazione del numero identificativo della polizza (1854076): ciò escluderebbe la lamentata impossibilità di ricondurre la polizza ad uno specifico soggetto garante.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

nel merito il ricorso non può trovare accoglimento.

Nel testo della polizza assicurativa prodotta è possibile, infatti, individuare l'impegno della garante al rilascio della garanzia definitiva (cfr art. 4).

La difficoltà di una precisa individuazione del sottoscrittore della polizza per conto dell'Assicurazione, inoltre, può essere superata alla luce di quella giurisprudenza che ritiene che la polizza fideiussoria sia documento identificativo di un negozio giuridico di diritto privato e, conseguentemente, sia disciplinata dalle norme civilistiche dettate in tema di scrittura privata e relative alla natura e ai requisiti di quest'ultima. Da ciò consegue, pertanto, "a'sensi dell'art. 2702 c.c. il valore probatorio della provenienza delle dichiarazioni rese nella polizza da parte del suo sottoscrittore, ove questi contro il quale essa è prodotta non ne disconosca la firma, ovvero non proponga al riguardo querela di falso" (T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 22 dicembre 2009 , n. 3658). Nella fattispecie si è potuto accertare che la compagnia assicurativa non solo non ha mai contestato le sottoscrizioni apposte sulla polizza, ma ha espressamente certificato i poteri conferiti a mezzo di procura speciale al proprio rappresentante, il quale - a sua volta - ha riconosciuto come propria la firma apposta sulla polizza in questione, con ciò sgombrando il campo da ogni dubbio circa la specifica riferibilità della polizza al soggetto garante.

Invero, il disciplinare di gara potrebbe legittimamente prevedere che la cauzione provvisoria a pena di

esclusione dell'offerta, come tutte le garanzie e polizze richieste nella fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto, riportino espressamente ed in ogni caso la dichiarazione della sussistenza del "potere di firma" in capo al soggetto che sottoscrive il contratto di garanzia ed, altresì, l'autentica della firma stessa, ma il solo fatto che si disserti sulla possibilità di imporre una tale clausola comprova che un simile obbligo non è invero previsto dall'art. 75. Né tantomeno era ravvisabile nel caso di specie, in cui il disciplinare di gara nulla disponeva al proposito.

Ne discende il rigetto anche del ricorso principale introduttivo.

§§§§§§§§§§

decisione numero 2387 del 19 aprile 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

Non può essere accettata una polizza cauzione provvisoria priva della firma autentica del soggetto abilitato a rilasciarla

il disciplinare di gara, all'art. 2, punto 5, prevedeva, come forma di garanzia a corredo dell'offerta, la presentazione di una polizza fideiussoria rilasciata dai soggetti abilitati e con sottoscrizione autenticata.

**L'appellante, avendo presentato una polizza fideiussoria priva della firma autentica del soggetto abilitato a rilasciarla, doveva pertanto essere esclusa dalla gara, come affermato dal giudice di primo grado.**

La documentazione prodotta non consentiva quindi di identificare compiutamente, nei termini prescritti dal bando, il sottoscrittore dell'atto e di comprovarne i poteri assicurativi, in contrasto con l'interesse

pubblico, evidenziato nella clausola del disciplinare di gara, alla esatta individuazione del soggetto che prestava la garanzia a corredo dell'offerta

Come si è già prima ricordato il TAR ha ritenuto fondato il terzo motivo del ricorso incidentale, con il quale era stata sostenuta l'illegittimità dell'integrazione documentale che la commissione di gara aveva consentito alla società Ricorrente riguardo alla garanzia prestata. Infatti la polizza fideiussoria prodotta in gara dalla Ricorrente, richiesta a pena di esclusione, era priva di autentica notarile della firma dell'agente della società rilasciante, come prescritto dall'art. 2, punto 5, del disciplinare di gara, e la copia prodotta in data 23 gennaio 2009, a seguito di richiesta di integrazione, doveva considerarsi un documento del tutto nuovo, in quanto recante una sottoscrizione apposta dopo il termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

La sentenza del TAR merita condivisione

Infatti, come sottolineato nella sentenza di primo grado "l'autentica notarile è del 22 gennaio 2009, data in cui il notaio attesta che la firma di DMC, rappresentante negoziale della Compagnia garante s.p.a., è stata apposta in sua presenza. Il documento per la cui validità l'art. 2, punto 5, ultimo periodo, del disciplinare di gara richiede l'autentica notarile, in altri termini, è stato formato in data 22 gennaio 2009, quindi ben oltre (tre mesi) la scadenza del termine per la presentazione delle offerte".

§§§§§§§§§§

decisione numero 2387 del 19 aprile 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

Pur nel silenzio della norma art. 75 del codice dei contratti è legittimo richiedere l'autentica della sottoscrizione del soggetto rilasciante la polizza fideiussoria provvisoria

La garanzia provvisoria copre infatti i rischi per la mancata sottoscrizione del contratto dovuta a fatto dell'aggiudicatario e, sul piano dei rapporti di diritto privato, solo l'autenticazione della sottoscrizione della fideiussione prestata garantisce pienamente l'amministrazione perché determina la piena prova in ordine alla provenienza da chi l'ha sottoscritta, ai sensi degli artt. 2702 e 2703 del codice civile, impedendo il successivo disconoscimento della stessa

Né possono trarsi argomentazioni di segno contrario dalla previsione contenuta nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006 (che, in tema di garanzia provvisoria, non prescrive l'autentica di firma del soggetto che emette la fideiussione), tenuto conto che, nella fattispecie, il disciplinare richiedeva espressamente l'autentica della sottoscrizione del soggetto rilasciante la polizza fideiussoria e tale clausola non può in alcun modo ritenersi un mero aggravamento procedimentale ma deve ritenersi pacificamente legittima perché finalizzata, come si è detto, alla tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia.

Nella fattispecie, come correttamente ritenuto dal TAR per la Lombardia, non era poi possibile procedere ad alcuna regolarizzazione documentale, attesa da un lato, la natura essenziale della formalità in questione che, si ripete, era richiesta direttamente dal bando - a pena di esclusione - a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante ad avere la certezza dell'individuazione del soggetto obbligato nei confronti dell'amministrazione appaltante, e dall'altro la necessità di tutela dell'interesse anche degli altri soggetti partecipanti alla gara alla correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione (in termini: Consiglio di Stato sez. VI, n. 8936 del 15 dicembre 2010; Sezione V n. 6712 del 2 novembre 2009).

Del resto, per principio consolidato, l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole del bando di gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 2 agosto 2010, n. 5084).

<https://www.diritto.it/anche-se-il-valore-della-provvisoria-rientra-tra-i-poteri-di-firma-dell-agente-di-assicur>

azioni-non-e-detto-che-vi-sia-la-possibilita-automatica-di-sottoscrivere-anche-la-polizza-definitiva-sent/