

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/01/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28826-una-polizza-cauzioni-provvisoria-pu-dirsi-rispettosa-di-qualsiasi-condizione-della-lex-specialis-di-gara-qualora-contenga-una-clausola-del-tipo-in-ogni-caso-eventuali-clausole-specifiche-previste>

Autore: Lazzini Sonia

**Una polizza cauzioni provvisoria può dirsi rispettosa di qualsiasi condizione della lex specialis di gara qualora contenga una clausola del tipo «In ogni caso, eventuali clausole specifiche previste nel bando di gara o nella lettera invito o in al-tro do**

Una polizza cauzioni provvisoria può dirsi rispettosa di qualsiasi condizione della lex specialis di gara qualora contenga una clausola del tipo <<In ogni caso, eventuali clausole specifiche previste nel bando di gara o nella lettera invito o in altro documento analogo, qui non riportate o riportate in termini non conformi, dovranno intendersi nella polizza espressamente recepite e prevalenti su tutte le altre, intendendo la società obbligarsi nelle forme, termini e contenuti previsti nel bando stesso">>

dopo l'entrata in vigore del Codice degli Appalti ex D.Lg.vo n. 163/2006 (il quale ha unificato la disciplina degli appalti di lavori, forniture e servizi anche con riferimento alle garanzie delle cauzioni provvisoria e definitiva) gli schemi di polizza tipo previsti dal D.M. n. 123/2004 (inizialmente previsti solo per le gare relativi ad appalti di lavori) si applicano anche agli appalti di forniture e servizi e perciò anche i partecipanti ai procedimenti di evidenza pubblica di appalti di forniture e servizi possono giovare della semplificazione ex art. 1, comma 4 D.M. n. 123/2004 di poter allegare all'offerta soltanto le appendici e/o schede tecniche, "debitamente compilate e sottoscritte", delle cauzioni provvisorie

risulta legittima la disposizione della lett. M), punto 4.b), del bando di gara, nella parte in cui statuisce la sanzione dell'esclusione dalla gara, nel caso in cui non contiene espressamente la "previsione che, non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto", in quanto tale disposizione corrisponde all'interesse essenziale e di natura sostanziale del Comune resistente, di voler rafforzare la garanzia del pagamento da parte del concessionario (aggiudicatario dell'appalto di servizi in commento) del canone offerto per ogni stallo e di evitare eventuali contestazioni in sede di esecuzione del contratto, poiché, nonostante le cauzioni provvisorie e definitive ex artt. 75 e 113 D.Lg.vo n. 163/2006 siano garanzie "autonome" e/o "a prima richiesta", cioè prive di accessorietà con il debito dell'obbligato principale (in base alla quale il garante può opporre al creditore tutte le eccezioni del debitore principale), non può escludersi a priori che il soggetto aggiudicatario (debitore principale) possa agire in via di regresso e/o rivalsa nei confronti del Comune garantito;

Ricorso avverso il provvedimento di esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio pubblico di gestione dei parcheggi a pagamento, emanato dalla Commissione giudicatrice nella seduta pubblica del 27.3.2009;

nonché per la condanna

del Comune di Matera al risarcimento dei danni in forma specifica attraverso la riammissione alla gara della ricorrente;

che le offerte dovevano essere presentate entro il termine perentorio delle ore 12,00 del 20.2.2009; che tali offerte, a pena di esclusione, dovevano essere confezionate in un plico, sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura, che doveva includere tre buste, anch'esse sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura, di cui: a) una, contenente la documentazione amministrativa, tra cui la cauzione provvisoria ex art. 75 D.Lg.vo n. 163/2006, pari a 22.400,00 € (previsione pure indicata dall'art. 18, comma 1, del Capitolato Speciale), specificando che: poteva essere resa sotto forma di cauzione o fideiussione bancaria o assicurativa; doveva prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2 C.C. e l'operatività della garanzia entro 15 giorni a semplice richiesta della stazione appaltante (previsione pure indicata dall'art. 18, comma 3, del Capitolato Speciale); la validità di almeno 180 giorni dalla data di

presentazione dell'offerta; la garanzia copriva la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, con automatico svincolo al momento della sotto-scrizione del contratto; doveva essere corredata, "a pena di esclusione, dall'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria, qualora l'offerente risultasse affidatario", cioè doveva "contenere l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione ed a richiesta del concorrente una fideiussione pari al 10% dell'importo di aggiudicazione, oltre IVA se ed in quanto dovuta, da svincolarsi dopo due mesi dalla fine del contratto, con l'espressa previsione che, non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto"

-entro il predetto termine perentorio delle ore 12,00 del 20.2.2009 la società ricorrente presentava l'offerta, allegando con riferimento alla cauzione provvisoria di 22.400,00 € soltanto l'appendice-Scheda Tecnica secondo lo schema Tipo 1.1 di cui al D.M. n. 123 del 12.3.2004, rilasciata dalla Compagnia di Assicurazioni ZETA S.p.A., con la quale veniva precisato quanto segue: "Con la presente appendice, che forma parte integrante della polizza suindicata, si dà e prende atto che la garanzia prestata ai sensi del D.M. n. 123/2004 con le modifiche introdotte dal D.Lg.vo n. 163/2006. Pertanto, la presente Scheda Tecnica 1.1 e le condizioni previste nello Schema Tipo 1.1 devono intendersi integrate dalle previsioni dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 qui di seguito riportate: la società rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 C.C.; la società rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, C.C.; in caso di escussione della garanzia la società pagherà l'importo dovuto dal contraente entro 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante; la società si impegna a rilasciare in favore della stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la polizza relativa alla cauzione definitiva; la società, nel caso in cui al momento della scadenza della garanzia prevista nel bando non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, si impegna, su richiesta della stazione appaltante, a rinnovare la garanzia per la durata indicata nel bando stesso. In ogni caso, eventuali clausole specifiche previste nel bando di gara o nella lettera invito o in altro documento analogo, qui non riportate o riportate in termini non conformi, dovranno intendersi nella polizza espressamente recepite e prevalenti su tutte le altre, intendendo la società obbligarsi nelle forme, termini e contenuti previsti nel bando stesso";

-nella prima seduta pubblica del 3.3.2009 la Commissione giudicatrice verificava l'integrità dei plichi, inviati dagli 8 concorrenti, ed apriva le buste, contenenti la documentazione amministrativa, non pronunciando alcun provvedimento di ammissione e/o esclusione dalla gara, riservandosi di adottarli in un secondo momento, rilevando con riferimento alla cauzione provvisoria della società ricorrente che: "dall'esame della documentazione si evince che mancano le condizioni generali della polizza assicurativa. E' presente esclusivamente l'appendice alla polizza stessa. Inoltre manca il riferimento alla durata del contratto lett. M), punto 4.b), del bando di gara"; il legale rappresentante della società ricorrente, presente nella seduta pubblica del 3.3.2009, evidenziava alla Commissione giudicatrice che "l'ultimo capoverso dell'appendice della polizza fideiussoria contiene il rinvio all'accettazione di tutto quanto previsto nel bando" (cfr. verbale n. 1 del 3.3.2009);

-nella terza seduta pubblica del 27.3.2009, alla quale partecipava anche il legale rappresentante della società ricorrente, il Presidente della Commissione giudicatrice esternava oralmente che era stato assunto il provvedimento di esclusione della società ricorrente, con la seguente motivazione: "La documentazione è carente della polizza assicurativa. E' stata allegata solo l'appendice alla polizza stessa. Inoltre è carente dell'espressa previsione che non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto, così come sancito dalla lett. M), punto 4.b), del bando di gara" (cfr. verbale n. 3 del 27.3.2009);

tale provvedimento di esclusione è stato impugnato con il presente ricorso (notificato al Comune di Matera il 26.5.2009), deducendo la violazione degli artt. 75 e 113 D.Lg.vo n. 163/2006, degli artt. 100 e 101 DPR n. 554/1999, dell'art. 1, comma 4, D.M. n. 123/2004, della lex specialis di gara, l'eccesso di potere per falsità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità manifesta, irrazionalità e difetto di motivazione (con il presente ricorso la società ricorrente ha in via subordinata, ove occorra, anche impugnato la lett. M), punto 4.b), del bando di gara, deducendo le stesse censure,

nel caso dovesse essere interpretata nel senso che: a) non consentiva l'allegazione della sola appendice-Scheda Tecnica secondo lo schema Tipo 1.1 di cui al D.M. n. 123 del 12.3.2004, come previsto dall'art. 1, comma 4, D.M. n. 123/2004; b) nella parte in cui disponeva la sanzione dell'esclusione dalla gara, per la mancata specificazione nell'ambito della cauzione provvisoria che, "non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto"); qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Nel merito il presente ricorso risulta fondato e pertanto va accolto con l'appendice della cauzione provvisoria, presentata dalla società ricorrente, la Compagnia ZETA Assicurazioni S.p.A. assumeva i seguenti impegni: "Con la presente appendice, che forma parte integrante della polizza suindicata, si dà e prende atto che la garanzia prestata ai sensi del D.M. n. 123/2004 con le modifiche introdotte dal D.Lg.vo n. 163/2006. Pertanto, la presente Scheda Tecnica 1.1 e le condizioni previste nello Schema Tipo 1.1 devono intendersi integrate dalle previsioni dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 qui di seguito riportate: la società rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 C.C.; la società rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, C.C.; in caso di escussione della garanzia la società pagherà l'importo dovuto dal contraente entro 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante; la società si impegna a rilasciare in favore della stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la polizza relativa alla cauzione definitiva; la società, nel caso in cui al momento della scadenza della garanzia prevista nel bando non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, si impegna, su richiesta della stazione appaltante, a rinnovare la garanzia per la durata indicata nel bando stesso. In ogni caso, eventuali clausole specifiche previste nel bando di gara o nella lettera invito o in altro documento analogo, qui non riportate o riportate in termini non conformi, dovranno intendersi nella polizza espressamente recepite e prevalenti su tutte le altre, intendendo la società obbligarsi nelle forme, termini e contenuti previsti nel bando stesso"; 4) pertanto, deve ritenersi che con il predetto ultimo capoverso, sopra sottolineato, la cauzione provvisoria, presentata dalla società ricorrente e rilasciata dalla Compagnia ZETA Assicurazioni S.p.A., conteneva anche l'impegno, previsto dalla lett. M), punto 4.b), del bando di gara, relativo alla "previsione che, non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto".

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso in epigrafe e per l'effetto l'annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara della società ricorrente; conseguentemente la società ricorrente va riammessa alla gara in commento

Tenuto conto della circostanza che il contenuto letterale della cauzione provvisoria, presentata dalla società ricorrente e rilasciata dalla Compagnia ZETA Assicurazioni S.p.A., non risultava perfettamente corrispondente a quello indicato nella lett. M), punto 4.b), del bando di gara, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti l'integrale compensazione delle spese di giudizio

Si legga anche

Appalto di servizi: può essere presentata la cauzione provvisoria anche avvalendosi dello schema tipo di cui al Dm 123/2004 a condizione che la fideiussione contenga comunque le clausole di cui all'articolo 75 del codice dei contratti relativamente al pagamento a semplice richiesta scritta della stazione appaltante, nonché alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del contraente di cui all'art. 1944, comma 2 c.c. e alle eccezioni di cui all'art. 1957 c.c

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso per < Inidoneità della cauzione provvisoria; violazione dell'art. 75 commi 4 e 5 D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 8 disciplinare di gara,

perché:- lo schema tipo, cui la polizza fa riferimento, sarebbe afferente ad altra materia (lavori pubblici);  
- la polizza non conterrebbe la dizione, di cui al citato art. 8, per cui il versamento debba avvenire “anche in caso d’opposizione del soggetto aggiudicatario ovvero di terzi aventi causa”\_- l’importo risulterebbe dimezzato rispetto a quello, dovuto, del 2% dei lavori a base d’asta;>?

Ugualmente da respingere sono le ulteriori censure rivolte, con il secondo mezzo, avverso la cauzione prestata da ATI aggiudicataria, in quanto anch’esse non sono in grado di scalfirne la validità, posto che:  
a) la questione del richiamo alla legge 109/94 e allo schema tipo di cui al D.M. 12.3.2004, n. 123 (richiamo contenuto nel frontespizio del relativo modulo) riveste un interesse ed una valenza meramente nominalistici, risultando, invece, decisivo che le condizioni aggiuntive contengano le dichiarazioni (espressamente fornite dalla Compagnia Assicuratrice ai sensi e per gli effetti dell’art. 75 D. Lgs. 163/2006, di cui parte ricorrente lamenta la violazione) del pagamento a semplice richiesta scritta della stazione appaltante, nonché della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del contraente di cui all’art. 1944, comma 2 c.c. e alle eccezioni di cui all’art. 1957 c.c.;\_b) quanto precede, vale, evidentemente, a qualificare come “a semplice richiesta” la garanzia di cui sopra, caratteristica, questa, che vale <ex se> a garantire anche il particolare e ulteriore obbligo del fideiussore (specificato dall’art. 8 del disciplinare di gara) ad effettuare il versamento della somma, appunto su semplice richiesta scritta dell’Agenzia Intercent “ed anche in caso di opposizione del soggetto aggiudicatario ovvero di terzi aventi causa”;\_c) infine, la dimidiazione dell’importo della cauzione risulta giustificata dal possesso di certificazione di qualità ISO 9001:2000, rilasciata il 16.11.2005 (cfr. doc. 25 parte ricorrente) e che - per usuale disciplina di questa specifica tipologia di certificazioni - ha validità triennale, così da essere in corso al momento in cui la polizza fideiussoria è stata prestata

Merita di essere segnalata la sentenza numero 325 del 27 marzo 2009 , emessa dal Tar Emilia Romagna, Bologna la quale, oltre agli interessanti insegnamenti in tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria, risulta importante anche per il contenuto del seguente passaggio:

<Quanto al rilievo di maggior spessore giuridico - mosso dall’ATI ricorrente con il quarto mezzo - nei confronti dell’offerta ATI BETA (pari ad euro 0,00 per ciascuno dei cc.dd. servizi a richiesta), il Collegio ritiene di richiamarsi integralmente – condividendole – alle argomentazioni svolte dalla decisione del Consiglio di Stato sez. V, 21 giugno 2007, n. 3435 (citata nella memoria di costituzione di Intercent e non adeguatamente confutata in quella conclusiva dell’ATI ricorrente), in quanto resa su una fattispecie assolutamente identica alla presente (presentazione di una offerta economica, per una tipologia di servizio, pari a zero e arrotondata al punteggio di 0,001 ad opera della Commissione di gara).

Queste, in sintesi, le principali considerazioni del Giudice d’appello che si attagliano perfettamente al presente caso:

i) se il disciplinare di gara non impone la presentazione di un certo prezzo per ciascuna delle voci di costo (e il contrario non è qui dedotto da parte ricorrente), ben può verificarsi che un concorrente decida di non applicare alcun costo ad una delle voci di cui si compone l’offerta; allora, la Commissione di gara non può disporre l’esclusione, in presenza di una disposizione del capitolato che non sanzioni a pena di inammissibilità la presentazione di un’offerta pari a zero per una voce di costo; né può arbitrariamente attribuire all’offerta un punteggio pari a zero, senza applicare la formula matematica applicata a tutti gli altri concorrenti, il che realmente implicherebbe una violazione della <par condicio> tra i concorrenti;

ii) anzi, dal punto di vista sostanziale, l’applicazione convenzionale - da parte della Commissione di gara - di un valore 0,001 ad una offerta “zero” per una determinata voce di costo risponde a criteri di logicità e ragionevolezza, perché finisce con l’attribuire il punteggio maggiore all’offerta più conveniente dal punto di vista economico per l’Amministrazione, laddove un’applicazione formalistica della formula matematica non porterebbe ad alcun risultato o, al limite, all’arbitraria esclusione della concorrente che abbia presentato l’offerta complessivamente più bassa;

iii) né può dirsi che, in tal modo, si verifichi una (favorevole) sostituzione dell'offerta da parte della commissione di gara, se dal verbale emerga che la commissione, in seduta pubblica, abbia deciso di attribuire convenzionalmente all'offerta gratuita (pari a euro 0) il valore di euro 0,001: ebbene, anche in questo caso il valore convenzionale di 0,001 euro è stato attribuito dalla Commissione di gara nella seduta pubblica del 3.12.2007, come del resto risulta dalla stessa esposizione in fatto del ricorso introduttivo;

iv) non si comprende il motivo per cui la Commissione avrebbe, per l'applicazione della formula matematica prevista, dovuto attribuire ad un'offerta economica gratuita il costo 0,01 e non quello di 0,001 che è sicuramente il valore infinitesimale più vicino allo zero>

ma vi è di più

<Infine, entrambi i profili dell'ultima censura - con cui si sostiene che l'offerta della controinteressata doveva essere sottoposta a verifica di anomalia ex art. 86, comma 2 D. lgs. 163/2006 e che le giustificazioni addotte dall'ATI aggiudicataria a corredo dell'offerta sarebbero inattendibili - sono da respingere, per le seguenti e rispettive ragioni:

\* ai sensi dell'art. 86, comma 5 e dell'art. 87, comma 1 D. Lgs. n. 163/2006, la richiesta di giustificazioni ulteriori rispetto a quelle già presentate a corredo dell'offerta è solo eventuale ("ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta"): nel caso di specie, l'impugnato provvedimento Intercent 12.12.2007, di aggiudicazione (anche) del lotto 2 ha, invece, ritenuto sufficiente l'esame compiuto su dette giustificazioni preventive, dando espressamente atto che da tale esame "è risultato un esito positivo in merito alla congruità" delle offerte del RTI controinteressato per i lotti 1 e 2;

\* le argomentazioni con cui l'ATI ricorrente contesta l'adeguatezza delle medesime giustificazioni preventive non sono tali da evidenziare quel necessario tasso di irrazionalità e incongruità del giudizio di non anomalia formulato dall'Amministrazione, atto a consentire l'esercizio del sindacato giurisdizionale da parte di questo Giudice; in particolare, anche l'unico argomento obiettivo dispiegato dall'ATI ALFA (insufficienza della voce relativa agli oneri di sicurezza: importo pari allo 0,20% dell'offerta) non offre elementi convincenti a questo fine, tenuto in particolare conto dello specifico avviso in materia, espresso nel lasso di tempo collocato tra lo svolgimento dei due gradi della fase cautelare incidentale di questo processo dall'Aut. vig. sui contratti pubblici (cfr. Determinazione n. 3/08 del 5 marzo 2008) e con cui la medesima Autorità:

- dà atto che "le citate novità introdotte dalla legge n. 123/2007 in materia di sicurezza creano difficoltà operative alle Stazioni appaltanti con particolare riguardo al settore dei servizi e delle forniture, poiché, non c'è, allo stato attuale, una normativa analoga a quella prevista per gli appalti di lavori (decreto legislativo n. 494/1996 e decreto del Presidente della Repubblica n. 222/2003), che dia indicazioni specifiche sia sulle modalità di redazione del DUVRI, sia sulle modalità di valutazione dei relativi costi";

- precisa che "vanno tenuti distinti dall'importo a base d'asta e non sono soggetti a ribasso" solo "i costi della sicurezza necessari per la eliminazione dei rischi da interferenze" (e cioè di quelle circostanze in cui si verifica un «contatto rischioso» tra il personale del committente e quello dell'appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti).

**In considerazione, pertanto, delle difficoltà esistenti in ordine alla declinazione degli oneri di sicurezza negli appalti di servizi (quale quello di cui qui si controverte) e della circostanza che l'ATI ricorrente non specifica di quale tipologia di oneri di sicurezza si tratti (se per l'eliminazione dei rischi da interferenze o meno), il profilo di censura deve essere disatteso>**

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 770 del 17 novembre 2009, emessa dal Tar Basilicata, Potenza

**N. 00770/2009 REG.SEN.**  
**N. 00236/2009 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 236 del 2009, proposto dalla **RICORRENTE**. Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Vito Agresti, come da mandato a margine del ricorso, con domicilio eletto in Potenza presso la Segreteria di questo Tribunale;

***contro***

Comune di Matera, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Enrica Onorati, come da mandato a margine dell'atto di costituzione ed in virtù della Del. G.M. n. 361 del 19.6.2009, con domicilio eletto in Potenza presso lo studio legale dell'Avv. Mat-teo Pugliese;

***per l'annullamento***

del provvedimento di esclusione della società ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento del servizio pubblico di gestione dei parcheggi a pagamento, emanato dalla Commissione giudicatrice nella seduta pubblica del 27.3.2009; nonché per la condanna del Comune di Matera al risarcimento dei danni in forma specifica attraverso la riammissione alla gara della ricorrente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2009 il dott. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

#### FATTO

-Con Determinazioni n. 544 del 2.12.2008 e n. 576 del 15.12.2008 il Dirigente dell'Ufficio Traffico del Comune di Matera indiceva una procedura aperta, per l'affidamento della concessione della gestione delle aree ed immobili, destinati a parcheggio di autoveicoli, autobus e moto, per un totale di 1.600 stalli ed approvava il bando di gara ed il Capitolato Speciale;

-il bando di gara, per quel che interessa ai fini della decisione della controversia in esame, prevedeva: 1) che le entrate del concessionario derivavano dalle tariffe, pagate dagli utenti, dalla pubblicità e dal 40% delle sanzioni per irregolarità del tempo di sosta, secondo quanto previsto dagli artt. 1 e 4 del capitolato Speciale; 2) il canone annuale per ogni stallo di 140,00 €, posto a base di gara, con la puntualizzazione che i concorrenti dovevano presentare l'offerta economica

“esclusivamente in aumento” e che le offerte a ribasso sarebbero state escluse; 3) la durata della concessione di 4 anni con eventuale proroga di massimo 1 anno;

4) che le offerte dovevano essere presentate entro il termine perentorio delle ore 12,00 del 20.2.2009; 5) che tali offerte, a pena di esclusione, dovevano essere confezionate in un plico, sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura, che doveva includere tre buste, anch'esse sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura, di cui: a) una, contenente la documentazione amministrativa, tra cui la cauzione provvisoria ex art. 75 D.Lg.vo n. 163/2006, pari a 22.400,00 € (previsione pure indicata dall'art. 18, comma 1, del Capitolato Speciale), specificando che: poteva essere resa sotto forma di cauzione o fideiussione bancaria o assicurativa; doveva prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2 C.C. e l'operatività della garanzia entro 15 giorni a semplice richiesta della stazione appaltante (previsione pure indicata dall'art. 18, comma 3, del Capitolato Speciale); la validità di almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta; la garanzia copriva la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, con automatico svincolo al momento della sottoscrizione del contratto; doveva essere corredata, “a pena di esclusione, dall'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria, qualora l'offerente risultasse affidatario”, cioè doveva “contenere l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione ed a richiesta del concorrente una fideiussione pari al 10% dell'importo di aggiudicazione, oltre IVA se ed in quanto dovuta, da svincolarsi dopo due mesi dalla fine del contratto, con l'espressa previsione che, non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto”;

b) un'altra, contenente l'offerta tecnica, da formulare, tenendo conto degli elementi

e sub elementi di valutazione, previsti dal criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dettagliatamente disciplinati dallo stesso bando di gara; c) ed un'altra, contenente l'offerta economica; 6) che nella prima seduta pubblica la Commissione giudicatrice avrebbe aperto soltanto le buste, contenenti la documentazione amministrativa, mentre in seduta segreta sarebbero state valutate le offerte tecniche ed nella seduta pubblica finale sarebbero state aperte le buste, contenenti le offerte economiche, stilata la graduatoria ed emanato l'atto di aggiudicazione provvisoria; 7) che l'aggiudicazione sarebbe potuta avvenire anche in presenza di una sola offerta;

-entro il predetto termine perentorio delle ore 12,00 del 20.2.2009 la società ricorrente presentava l'offerta, allegando con riferimento alla cauzione provvisoria di 22.400,00 € soltanto l'appendice-Scheda Tecnica secondo lo schema Tipo 1.1 di cui al D.M. n. 123 del 12.3.2004, rilasciata dalla Compagnia di Assicurazioni ZETA S.p.A., con la quale veniva precisato quanto segue: "Con la presente appendice, che forma parte integrante della polizza suindicata, si dà e prende atto che la garanzia prestata ai sensi del D.M. n. 123/2004 con le modifiche introdotte dal D.Lg.vo n. 163/2006. Pertanto, la presente Scheda Tecnica 1.1 e le condizioni previste nello Schema Tipo 1.1 devono intendersi integrate dalle previsioni dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 qui di seguito riportate: la società rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 C.C.; la società rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, C.C.; in caso di escussione della garanzia la società pagherà l'importo dovuto dal contraente entro 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante; la società si impegna a rilasciare in favore della stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la polizza relativa alla cauzione definitiva; la società, nel caso in cui al momento della scadenza della garanzia prevista nel bando non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, si impegna, su richiesta della stazione appaltante, a

rinnovare la garanzia per la durata indicata nel bando stesso. In ogni caso, eventuali clausole specifiche previste nel bando di gara o nella lettera invito o in altro documento analogo, qui non riportate o riportate in termini non conformi, dovranno intendersi nella polizza espressamente recepite e prevalenti su tutte le altre, intendendo la società obbligarsi nelle forme, termini e contenuti previsti nel bando stesso”;

-nella prima seduta pubblica del 3.3.2009 la Commissione giudicatrice verificava l'integrità dei plichi, inviati dagli 8 concorrenti, ed apriva le buste, contenenti la documentazione amministrativa, non pronunciando alcun provvedimento di ammissione e/o esclusione dalla gara, riservandosi di adottarli in un secondo momento, rilevando con riferimento alla cauzione provvisoria della società ricorrente che: “dall'esame della documentazione si evince che mancano le condizioni generali della polizza assicurativa. E' presente esclusivamente l'appendice alla polizza stessa. Inoltre manca il riferimento alla durata del contratto lett. M), punto 4.b), del bando di gara”; il legale rappresentante della società ricorrente Sig. Grieco Michele, presente nella seduta pubblica del 3.3.2009, evidenziava alla Commissione giudicatrice che “l'ultimo capoverso dell'appendice della polizza fidejussoria contiene il rinvio all'accettazione di tutto quanto previsto nel bando” (cfr. verbale n. 1 del 3.3.2009);

-nella terza seduta pubblica del 27.3.2009, alla quale partecipava anche il legale rappresentante della società ricorrente Sig. Grieco Michele, il Presidente della Commissione giudicatrice esternava oralmente che era stato assunto il provvedimento di esclusione della società ricorrente, con la seguente motivazione: “La documentazione è carente della polizza assicurativa. E' stata allegata solo l'appendice alla polizza stessa. Inoltre è carente della esplicita previsione che non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale

risoluzione del contratto, così come sancito dalla lett. M), punto 4.b), del bando di gara” (cfr. verbale n. 3 del 27.3.2009);

-con note dell'8.4.2009 e del 6.5.2009 il legale rappresentante della società ricorrente insisteva per l'ammissione alla gara ed allegava una nota del 2.4.2009, con la quale la Compagnia di Assicurazioni ZETA S.p.A. richiamava l'art. 1, comma 4, de D.M. n. 123/2004 e l'ultimo capoverso della suddetta appendice della polizza fideiussoria;

-tale provvedimento di esclusione è stato impugnato con il presente ricorso (notificato al Comune di Matera il 26.5.2009), deducendo la violazione degli artt. 75 e 113 D.Lg.vo n. 163/2006, degli artt. 100 e 101 DPR n. 554/1999, dell'art. 1, comma 4, D.M. n. 123/2004, della lex specialis di gara, l'eccesso di potere per falsità dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità manifesta, irrazionalità e difetto di motivazione (con il presente ricorso la società ricorrente ha in via subordinata, ove occorra, anche impugnato la lett. M), punto 4.b), del bando di gara, deducendo le stesse censure, nel caso dovesse essere interpretata nel senso che: a) non consentiva l'allegazione della sola appendice-Scheda Tecnica secondo lo schema Tipo 1.1 di cui al D.M. n. 123 del 12.3.2004, come previsto dall'art. 1, comma 4, D.M. n. 123/2004; b) nella parte in cui disponeva la sanzione dell'esclusione dalla gara, per la mancata specificazione nell'ambito della cauzione provvisoria che, “non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto”);

-si è costituito in giudizio il Comune di Matera, il quale, oltre a sostenere l'infondatezza del ricorso, ha anche eccepito l'inammissibilità del ricorso, perché non notificato all'unico concorrente rimasto in gara ATI

L'CONTROINTERESSATA Soc. Coop. a r.l. Granaro-lo dell'Emilia-Fraz. Cadriano-Meridionale Servizi Cooperativa di CONTROINTERESSATATRE a r.l. di Bari-CONTROINTERESSATA QUATTRO S.r.l. di Matera;

-con Ordinanza n. 237 del 10.6.2009 questo Tribunale a sensi dell'art. 23 bis, comma 3, L. n. 1034/1971 ha fissato l'Udienza Pubblica del 22.10.2009, richiamando l'ultimo capoverso dell'appendice-scheda tecnica-schema Tipo 1.1 della cauzione provvisoria ex D.M. n. 123 del 12.3.2004.

All'udienza Pubblica del 22.10.2009 il ricorso in epigrafe passava in decisione.

### DIRITTO

In via preliminare, va ribadito quanto già statuito da questo Tribunale con Sentenza n. 406 del 3.7.2009, emanata a conclusione del giudizio di impugnazione di un analogo provvedimento di esclusione assunto nell'ambito della medesima gara di cui è causa, cioè l'ammissibilità del ricorso in esame, dal momento che in caso di impugnazione di un provvedimento di esclusione da una procedimento di evidenza pubblica prima dell'aggiudicazione provvisoria non sono configurabili controinteressati, anche se, come nella specie, sia rimasto un solo concorrente in gara, poiché l'interesse degli altri partecipanti ammessi o (come nella fattispecie in esame) dell'unico partecipante ammesso alla gara (ATI L'CONTROINTERESSATA Soc. Coop. a r.l. CONTROINTERESSATA DUE dell'Emilia-Fraz. Cadriano-Meridionale Servizi Cooperativa di CONTROINTERESSATATRE a r.l. di Bari-CONTROINTERESSATA QUATTRO S.r.l. di Matera), finalizzato a conseguire il risultato rispettivamente che il numero dei concorrenti sia il più ridotto possibile o che sia salvaguardata la posizione di unico concorrente rimasto in gara, va qualificato come un mero interesse di fatto, non tutelato dall'ordinamento giuridico (cfr. da ultimo TAR Trento Sent. n. 284 del 6.11.2008; TAR Lazio Sez. I Sent. n. 6518 del 9.7.2008; TAR Catanzaro Sez. I Sent. n. 434 dell'8.5.2008); con la predetta Sentenza n. 406

del 3.7.2009 questo Tribunale ha anche puntualizzato che non ravvisava neanche la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti della predetta ATI L'CONTROINTERESSATA Soc. Coop. a r.l. CONTROINTERESSATA DUE dell'Emilia-Fraz. Cadriano-Meridionale Servizi Cooperativa di CONTROINTERESSATATRE a r.l. di Bari-CONTROINTERESSATA QUATTRO S.r.l. di Matera, richiamando la circostanza che dopo la pubblicazione della Sentenza Corte Costituzionale n. 177 del 17.5.1995 era stato introdotto nel processo amministrativo il rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria avverso le Sentenze del Giudice Amministrativo, il quale poteva essere proposto dal soggetto controinteressato sopravvenuto; perciò, se la ricorrente dovesse risultare aggiudicataria della procedura aperta in commento, l'attuale unico soggetto rimasto in gara ATI L'CONTROINTERESSATA Soc. Coop. a r.l. CONTROINTERESSATA DUE dell'Emilia-Fraz. Cadriano-Meridionale Servizi Cooperativa di CONTROINTERESSATATRE a r.l. di Bari-CONTROINTERESSATA QUATTRO S.r.l. di Matera, poiché non è stato reso edotto del presente giudizio, potrebbe eventualmente impugnare il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente, sostenendo anche la legittimità del provvedimento di esclusione, oggetto della controversia in esame.

Nel merito il presente ricorso risulta fondato e pertanto va accolto, atteso che: 1) il Collegio, pur condividendo l'orientamento giurisprudenziale (richiamato nel ricorso: cfr. TAR Trento Sent. n. 108 del 2.4.2007) secondo cui dopo l'entrata in vigore del Codice degli Appalti ex D.Lg.vo n. 163/2006 (il quale ha unificato la disciplina degli appalti di lavori, forniture e servizi anche con riferimento alle garanzie delle cauzioni provvisoria e definitiva) gli schemi di polizza tipo previsti dal D.M. n. 123/2004 (inizialmente previsti solo per le gare relativi ad appalti di lavori) si applicano anche agli appalti di forniture e servizi e perciò anche i parteci-

panti ai procedimenti di evidenza pubblica di appalti di forniture e servizi possono giovare della semplificazione ex art. 1, comma 4 D.M. n. 123/2004 di poter allegare all'offerta soltanto le appendici e/o schede tecniche, "debitamente compilate e sottoscritte", delle cauzioni provvisorie, va rilevato che risulta legittima la disposizione della lett. M), punto 4.b), del bando di gara, nella parte in cui statuisce la sanzione dell'esclusione dalla gara, nel caso in cui non contiene espressamente la "previsione che, non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto", in quanto tale disposizione corrisponde all'interesse essenziale e di natura sostanziale del Comune resistente, di voler rafforzare la garanzia del pagamento da parte del concessionario (aggiudicatario dell'appalto di servizi in commento) del canone offerto per ogni stallo e di evitare eventuali contestazioni in sede di esecuzione del contratto, poiché, nonostante le cauzioni provvisorie e definitive ex artt. 75 e 113 D.Lg.vo n. 163/2006 siano garanzie "autonome" e/o "a prima richiesta", cioè prive di accessorietà con il debito dell'obbligato principale (in base alla quale il garante può opporre al creditore tutte le eccezioni del debitore principale), non può escludersi a priori che il soggetto aggiudicatario (debitore principale) possa agire in via di regresso e/o rivalsa nei confronti del Comune garantito; 2) tale clausola del bando di gara non risulta ambigua e/o poco chiara; 3) con l'appendice della cauzione provvisoria, presentata dalla società ricorrente, la Compagnia ZETA Assicurazioni S.p.A. assumeva i seguenti impegni: "Con la presente appendice, che forma parte integrante della polizza suindicata, si dà e prende atto che la garanzia prestata ai sensi del D.M. n. 123/2004 con le modifiche introdotte dal D.Lg.vo n. 163/2006. Pertanto, la presente Scheda Tecnica 1.1 e le condizioni previste nello Schema Tipo 1.1 devono intendersi integrate dalle

previsioni dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 qui di seguito riportate: la società rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 C.C.; la società rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, C.C.; in caso di escussione della garanzia la società pagherà l'importo dovuto dal contraente entro 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante; la società si impegna a rilasciare in favore della stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la polizza relativa alla cauzione definitiva; la società, nel caso in cui al momento della scadenza della garanzia prevista nel bando non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, si impegna, su richiesta della stazione appaltante, a rinnovare la garanzia per la durata indicata nel bando stesso. In ogni caso, eventuali clausole specifiche previste nel bando di gara o nella lettera invito o in altro documento analogo, qui non riportate o riportate in termini non conformi, dovranno intendersi nella polizza espressamente recepite e prevalenti su tutte le altre, intendendo la società obbligarsi nelle forme, termini e contenuti previsti nel bando stesso"; 4) pertanto, deve ritenersi che con il predetto ultimo capoverso, sopra sottolineato, la cauzione provvisoria, presentata dalla società ricorrente e rilasciata dalla Compagnia ZETA Assicurazioni S.p.A., conteneva anche l'impegno, previsto dalla lett. M), punto 4.b), del bando di gara, relativo alla "previsione che, non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto. In ogni caso il ritardo nel pagamento del canone o del saldo, superiore a 30 giorni comporterà la risoluzione del contratto".

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso in epigrafe e per l'effetto l'annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara della società ricorrente; conseguentemente la società ricorrente va riammessa alla gara in commento.

Tenuto conto della circostanza che il contenuto letterale della cau-zione provvisoria, presentata dalla società ricorrente e rilasciata dalla Compagnia ZETA Assicurazioni S.p.A., non risultava perfettamente corrispondente a quello indicato nella lett. M), punto 4.b), del bando di gara, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Basilicata accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione dalla gara della società ricorrente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Camozzi, Presidente

Giancarlo Pennetti, Consigliere

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2009

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

IL SEGRETARIO