

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28959-pur-in-assenza-della-firma-del-rappresentante-del-garante-importante-la-certezza-in-ordine-alla-provenienza-della-fideiussione-prestata-dal-soggetto-legittimato-ad-impegnare-l-istituto-stesso-ill>

Autore: Lazzini Sonia

Pur in assenza della firma del rappresentante del garante, importante . è la certezza in ordine alla provenienza della fideiussione prestata dal soggetto legittimato ad impegnare l'Istituto stesso Illegittima esclusione da una procedura ad evidenza pubbl

Tar Lazio, Roma, 28.01.2010 n. 1084

Pur in assenza della firma del rappresentante del garante, importante . è la certezza in ordine alla provenienza della fideiussione prestata dal soggetto legittimato ad impegnare l'Istituto stesso

Illegittima esclusione da una procedura ad evidenza pubblica a causa della mancata sottoscrizione da parte del funzionario della filiale della Banca garante sulla fideiussione, attestante l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria per l'importo di £ 100.000.000: nell'immediatezza dell'accertamento della irregolarità riscontrata, l'Istituto bancario in argomento ha fatto pervenire il documento munito di sottoscrizione, confermando, quindi, l'impegno alla costituzione della cauzione provvisoria da parte del medesimo Istituto, dando, quindi, certezza della riferibilità della polizza all'Istituto emittente medesimo

Depongono in tal senso anche tutti gli altri elementi che connotano la vicenda. In particolare, il documento prodotto riportava l'intestazione dell'Istituto bancario in questione e la redazione dello stesso su un apposito modulo prestampato riferito alla garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gare di appalto, l'indicazione delle sedi legali e dei relativi recapiti, unitamente all'indicazione del nome del funzionario preposto al rilascio

Con il ricorso n. 11172 del 1999 la società ricorrente impugna gli atti specificati in epigrafe, con cui è stata disposta l'esclusione della propria offerta dalla gara bandita dal C.O.N.I. per l'attribuzione di concessioni per l'esercizio di scommesse sportive al totalizzatore nazionale ed a quota fissa e ne chiede l'annullamento.

L'esclusione è stata determinata dalla mancata sottoscrizione da parte del funzionario della filiale di una Banca sulla polizza fideiussoria, attestante l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria per l'importo di £ 100.000.000.

L'interessata, presente all'apertura dei plichi, si attivava immediatamente, sollecitando l'intervento della Banca medesima, la quale inviava alla Commissione di gara una nota con la quale confermava di aver emesso la richiesta polizza fideiussoria. Nonostante la contestualità dei chiarimenti documentali, la ricorrente non veniva riammessa.

Deduce:

1. violazione dell'art. 16 d. lgs. n. 157 del 1995, poiché la S.A. avrebbe dovuto invitare la concorrente a completare o a fornire ulteriori elementi sulla produzione documentale risultata carente. Non solo ciò non è stato osservato, ma la S.A. non ha tenuto conto neanche dei chiarimenti ed integrazioni fornite dalla concorrente;

2. Con il secondo motivo deduce l'eccesso di potere, poiché la Commissione poteva facilmente rilevare l'errore materiale, tenuto anche conto che molte delle polizze fideiussorie erano state rilasciate dal medesimo istituto bancario.

L'eccesso di potere viene dedotto anche sotto il profilo della disparità di trattamento, posto che in altre evenienze la Commissione è stata sollecitata nell'esaminare le istanze di riammissione dei concorrenti non ammessi alla gara.

Oltre a riproporre i motivi già dedotti con il precedente ricorso n. 11172/99, viene dedotta la violazione dei principi in tema di costituzione del rapporto fideiussorio e di prova del medesimo, poiché la mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria non costituirebbe irregolarità insanabile. In ogni caso, richiamando dottrina e giurisprudenza, che riconoscono che per la costituzione della fideiussione non è richiesta la forma scritta, assume che la mancata sottoscrizione del documento non rileva in alcun modo sulla formazione dell'obbligazione fideiussoria in capo alla Banca. Ed infatti, la Banca, aveva già deliberato l'emissione della fideiussione per la ricorrente ben prima della materiale formulazione dell'offerta. Ciò che può essere venuto meno è la prova dell'avvenuta costituzione della fideiussione; prova che poteva essere fornita anche in altro modo e, comunque, nel caso di specie, la prova è stata fornita subito dopo.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Come esposto più diffusamente in narrativa, la materia del contendere concerne l'esclusione della società ricorrente dalla gara n. 465 bandita dal C.O.N.I. per l'attribuzione di concessioni per l'esercizio di scommesse sportive al totalizzatore nazionale ed a quota fissa, determinata dalla mancata sottoscrizione, da parte dell'istituto di credito, della fideiussione bancaria presentata per la costituzione della cauzione provvisoria.

In proposito osserva il Collegio che i ricorsi appaiono fondati.

Va in primo luogo evidenziato che la Società ricorrente, a corredo della propria offerta, ha presentato un documento su carta intestata dell'Istituto bancario., datato 7 giugno 1999, avente ad oggetto l'assunzione unilaterale di una obbligazione fideiussoria, tuttavia senza sottoscrizione del funzionario all'uopo autorizzato volto a documentare la riconducibilità del documento stesso e dell'obbligazione assunta alla sfera giuridica dell'Istituto bancario.

Tuttavia, il rappresentante legale della Società istante, presente alla seduta pubblica del 15 luglio 1999, nel momento in cui veniva rilevato che la polizza fideiussoria era priva della sottoscrizione del funzionario dell'Istituto di credito, sottolineava che trattavasi di errore materiale, dovuto, probabilmente alle diverse polizze rilasciate dal medesimo istituto ad oltre settecento agenzie ippiche aspiranti concessionarie, tutte aderenti al sindacato S.N.A.I., per la medesima gara e, nel contempo, sollecitava immediatamente l'intervento dell'Istituto interessato, il quale, inviava una nota nella quale confermava la regolare e valida sussistenza della garanzia fideiussoria da parte della Banca rilasciata alla ricorrente.

Chiariti i termini della controversia, il Collegio osserva che le particolarità che connotano la vicenda consentono di accogliere le argomentazioni di parte ricorrente, peraltro condivise dal Giudice di appello (in sede di riforma dell'ordinanza di questo Tribunale che negava la concessione della misura cautelare), che ha ritenuto determinante la circostanza che, nell'immediatezza dell'accertamento della irregolarità riscontrata, l'Istituto bancario in argomento ha fatto pervenire il documento munito di sottoscrizione, confermando, quindi, l'impegno alla costituzione della cauzione provvisoria da parte del medesimo Istituto, dando, quindi, certezza della riferibilità della polizza all'Istituto emittente medesimo,

Depongono in tal senso anche tutti gli altri elementi che connotano la vicenda. In particolare, il documento prodotto riportava l'intestazione dell'Istituto bancario in questione e la redazione dello stesso su un apposito modulo prestampato riferito alla garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gare di appalto, l'indicazione delle sedi legali e dei relativi recapiti, unitamente all'indicazione del nome del funzionario preposto al rilascio; la documentazione presentata consistente nella copia della fideiussione richiesta e debitamente firmata dal funzionario della banca e la dichiarazione dello stesso funzionario nella quale si attesta che la fideiussione è stata emessa il 7 giugno 1999, prima dello spirare del termine per la presentazione delle offerte, con scadenza 31.12.1999; il numero della copia coincidente con quello della fideiussione allegata all'offerta, che conferma che si tratta dello stesso atto esistente già alla data del 7 giugno 1999; dal fatto noto che la Banca ha emesso contemporaneamente tutte le polizze fideiussorie, relative alle offerte degli aspiranti concessionari della gara in oggetto, sulla base di un'unica antecedente delibera emessa dai competenti organi della Banca stessa; elementi tutti che secondo il principio dell'"apparentia juris", convergono verso una garanzia della S.A. alla certezza in ordine alla provenienza della fideiussione prestata dal soggetto legittimato ad impegnare l'Istituto stesso.

Per quanto sopra, i ricorsi in esame devono essere accolti, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1084 del 28 gennaio 2010, emessa dal Tar Lazio, Roma

N. 01084/2010 REG.SEN.
N. 11172/1999 REG.RIC.
N. 13024/1999 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 il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

a) - sul ricorso numero di registro generale 11172 del 1999, proposto da: Soc. Ippica Ricorrente S.n.c. di Ricorrente Rosella & C (ora Ricorrente due Sport di C. Catia e Co. S.n.c.), in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Lorenzoni e Laura Mattarella, presso i quali è elettivamente domiciliata in Roma, via del Viminale, 43;

contro

il C.O.N.I. – Comitato Olimpico Nazionale Italiano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Tonucci e Massimo Ranieri, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde, 7;

nei confronti di

Controinteressato Oreste, rappresentato e difeso dall'avv. Ugo Sgueglia, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Ottorino Lazzarini, 19;

b) - sul ricorso numero di registro generale 13024 del 1999, proposto da: Soc. Ippica Ricorrente S.n.c. di Ricorrente Rosella & C. (ora Ricorrente due Sport di C. Catia e Co. S.n.c.), in persona del legale rappresentante pro-tempore,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Lorenzoni e Laura Mattarella, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via del Viminale, 43;

contro

C.O.N.I. – Comitato Olimpico Nazionale Italiano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 11172 del 1999:

della mancata ammissione al pubblico incanto, indetto per l'attribuzione di concessioni per l'esercizio delle scommesse sportive al totalizzatore nazionale e a quota fissa riservate al C.O.N.I. di cui al Bando pubblicato in G.U.R.I. 22 aprile 1999, Foglio inserzioni n. 93, dell'offerta della ricorrente per la città di Ascoli Piceno – gara n. 465;

quanto al ricorso n. 13024 del 1999:

della delibera della Giunta esecutiva del C.O.N.I. n. 933 del 30 luglio 1999, con la quale sono state confermate le determinazioni assunte dalla Commissione di gara e, in particolare, nella parte in cui è stata confermata l'esclusione della ricorrente dalla gara n. 465 per l'attribuzione di una concessione nella città di Ascoli Piceno e, conseguentemente, la gara è stata dichiarata deserta.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del C.O.N.I.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressato Oreste;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2010 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso n. 11172 del 1999 la società ricorrente impugna gli atti specificati in epigrafe, con cui è stata disposta l'esclusione della propria offerta dalla gara bandita dal C.O.N.I. per l'attribuzione di concessioni per l'esercizio di scommesse sportive al totalizzatore nazionale ed a quota fissa e ne chiede l'annullamento.

L'esclusione è stata determinata dalla mancata sottoscrizione da parte del funzionario della filiale di Bologna della Garante Banca sulla polizza fideiussoria, attestante l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria per l'importo di £ 100.000.000.

L'interessata, presente all'apertura dei plichi, si attivava immediatamente, sollecitando l'intervento della Banca medesima, la quale inviava alla Commissione di gara una nota con la quale confermava di aver emesso la richiesta polizza fideiussoria. Nonostante la contestualità dei chiarimenti documentali, la ricorrente non veniva riammessa.

Deduce:

1. violazione dell'art. 16 d. lgs. n. 157 del 1995, poiché la S.A. avrebbe dovuto invitare la concorrente a completare o a fornire ulteriori elementi sulla produzione documentale risultata carente. Non solo ciò non è stato osservato, ma la S.A. non ha tenuto conto neanche dei chiarimenti ed integrazioni fornite dalla concorrente;
2. Con il secondo motivo deduce l'eccesso di potere, poiché la Commissione poteva facilmente rilevare l'errore materiale, tenuto anche conto che molte delle polizze fideiussorie erano state rilasciate dal medesimo istituto bancario.

L'eccesso di potere viene dedotto anche sotto il profilo della disparità di trattamento, posto che in altre evenienze la Commissione è stata sollecita nell'esaminare le istanze di riammissione dei concorrenti non ammessi alla gara.

Con il ricorso n. 13024/1999 viene impugnata la delibera della Giunta Esecutiva del CONI n. 933 del 30 luglio 1999, con la quale sono state confermate le determinazioni assunte dalla Commissione di gara, con particolare riferimento all'esclusione della ricorrente dalla gara n. 465, per i motivi sopra riportati.

Oltre a riproporre i motivi già dedotti con il precedente ricorso n. 11172/99, viene dedotta la violazione dei principi in tema di costituzione del rapporto fideiussorio e di prova del medesimo, poiché la mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria non costituirebbe irregolarità insanabile. In ogni caso, richiamando dottrina e giurisprudenza, che riconoscono che per la costituzione della fideiussione non è richiesta la forma scritta, assume che la mancata sottoscrizione del documento non rileva in alcun modo sulla formazione dell'obbligazione fideiussoria in capo alla GARANTE Banca. Ed infatti, la GARANTE Banca, aveva già deliberato l'emissione della fideiussione per la ricorrente ben prima della materiale formulazione dell'offerta. Ciò che può essere venuto meno è la prova dell'avvenuta costituzione della fideiussione; prova che poteva essere fornita anche in altro modo e, comunque, nel caso di specie, la prova è stata fornita subito dopo.

Nella Camera di Consiglio del 26 agosto 1999, il TAR, con ordinanza n. 1494/1999 respingeva l'istanza cautelare, la quale veniva riformata in sede di appello, con conseguente riammissione con riserva della ricorrente alla gara de qua. La ricorrente, riammessa alla gara in esecuzione dell'ordinanza del Consiglio di Stato n. 1748 del 28.9.1999, ha ottenuto provvisoriamente la concessione per l'esercizio delle scommesse sportive al totalizzatore e a quota fissa, che è a tutt'oggi in esercizio a seguito di rinnovo con atto di convenzione dell'ottobre 2006, fino alla scadenza convenzionale, fissata al 30 giugno 2012.

Nel ricorso n. 11172/1999 si è costituito in giudizio il C.O.N.I., concludendo per l'infondatezza dell'impugnativa.

Nel medesimo ricorso si è costituito, altresì, il signor Oreste Controinteressato, chiedendone a sua volta la reiezione.

All'Udienza del 14 gennaio 2009 le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere disposta la riunione dei ricorsi in epigrafe indicati, stante la palese connessione oggettiva e soggettiva.

Come esposto più diffusamente in narrativa, la materia del contendere concerne l'esclusione della società ricorrente dalla gara n. 465 bandita dal C.O.N.I. per l'attribuzione di concessioni per l'esercizio di scommesse sportive al totalizzatore nazionale ed a quota fissa, determinata dalla mancata sottoscrizione, da parte dell'istituto di credito, della fideiussione bancaria presentata per la costituzione della cauzione provvisoria.

In proposito osserva il Collegio che i ricorsi appaiono fondati.

Va in primo luogo evidenziato che la Società ricorrente, a corredo della propria offerta, ha presentato un documento su carta intestata dell'Istituto bancario GARANTE BANCA 1473 S.p.a., datato 7 giugno 1999, avente ad oggetto l'assunzione unilaterale di una obbligazione fideiussoria, tuttavia senza sottoscrizione del funzionario all'uopo autorizzato volto a documentare la riconducibilità del documento stesso e dell'obbligazione assunta alla sfera giuridica dell'Istituto bancario.

Tuttavia, il rappresentante legale della Società istante, presente alla seduta pubblica del 15 luglio 1999, nel momento in cui veniva rilevato che la polizza fideiussoria era priva della sottoscrizione del funzionario dell'Istituto di credito, sottolineava che trattavasi di errore materiale, dovuto, probabilmente alle diverse polizze rilasciate dal medesimo istituto ad oltre settecento agenzie ippiche aspiranti concessionarie, tutte aderenti al sindacato S.N.A.I., per la medesima gara e, nel contempo, sollecitava immediatamente l'intervento dell'Istituto interessato, il

quale, inviava una nota nella quale confermava la regolare e valida sussistenza della garanzia fideiussoria da parte della Banca rilasciata alla ricorrente.

Chiariti i termini della controversia, il Collegio osserva che le particolarità che connotano la vicenda consentono di accogliere le argomentazioni di parte ricorrente, peraltro condivise dal Giudice di appello (in sede di riforma dell'ordinanza di questo Tribunale che negava la concessione della misura cautelare), che ha ritenuto determinante la circostanza che, nell'immediatezza dell'accertamento della irregolarità riscontrata, l'Istituto bancario in argomento ha fatto pervenire il documento munito di sottoscrizione, confermando, quindi, l'impegno alla costituzione della cauzione provvisoria da parte del medesimo Istituto, dando, quindi, certezza della riferibilità della polizza all'Istituto emittente medesimo,

Depongono in tal senso anche tutti gli altri elementi che connotano la vicenda. In particolare, il documento prodotto riportava l'intestazione dell'Istituto bancario in questione e la redazione dello stesso su un apposito modulo prestampato riferito alla garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gare di appalto, l'indicazione delle sedi legali e dei relativi recapiti, unitamente all'indicazione del nome del funzionario preposto al rilascio; la documentazione presentata consistente nella copia della fideiussione richiesta e debitamente firmata dal funzionario della banca e la dichiarazione dello stesso funzionario nella quale si attesta che la fideiussione è stata emessa il 7 giugno 1999, prima dello spirare del termine per la presentazione delle offerte, con scadenza 31.12.1999; il numero della copia coincidente con quello della fideiussione allegata all'offerta, che conferma che si tratta dello stesso atto esistente già alla data del 7 giugno 1999; dal fatto noto che la GARANTE Banca ha emesso contemporaneamente tutte le polizze fideiussorie, relative alle offerte degli aspiranti concessionari della gara in oggetto, sulla base di un'unica antecedente delibera emessa dai competenti organi

della Banca stessa; elementi tutti che secondo il principio dell'”apparentia juris”, convergono verso una garanzia della S.A. alla certezza in ordine alla provenienza della fideiussione prestata dal soggetto legittimato ad impegnare l'Istituto stesso.

Per quanto sopra, i ricorsi in esame devono essere accolti, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Le spese, tuttavia, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. III ter, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previa riunione degli stessi, li 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 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2010

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

IL SEGRETARIO

