

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 22/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29317-non-vi-necessit-di-alcuna-ulteriore-attivita-da-parte-della-pubblica-amministrazione-n-lesione-della-par-condicio-dei-concorrenti-atteso-che-la-societa-ha-fornito-una-polizza-di-durata-di-240-giorni>

Autore: Lazzini Sonia

Non vi è necessità di alcuna ulteriore attività da parte della pubblica amministrazione, né lesione della par condicio dei concorrenti atteso che la società ha fornito una polizza di durata di 240 giorni pari a quanto richiesto dal bando

C.St. 16.03.2010 n. 1528

Non vi è necessità di alcuna ulteriore attività da parte della pubblica amministrazione, né lesione della par condicio dei concorrenti atteso che la società ha fornito una polizza di durata di 240 giorni pari a quanto richiesto dal bando.

Se una polizza provvisoria contiene la seguente clausola <<la presente polizza fideiussoria viene rilasciata ai sensi dell'art.75 del decreto legislativo 163 del 12 aprile 2006, ha validità di almeno 180 giorni o quella maggiore prevista dal bando decorrenti dalla data di presentazione della offerta>> deve essere accettata anche in caso di richiesta di validità pari a 240 giorni...

Pertanto risulta evidente la validità della polizza per la durata corrispondente ai 240 giorni previsti dal bando sia pure indicata, non con il dato alfanumerico, ma per relationem al bando, con l'effetto che non sussisteva motivo per escludere la ricorrente dalla gara.

Oggetto della controversia all'esame è l'esclusione della società ricorrente dalla gara indetta dalla Regione Valle d'Aosta per l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei lavori di protezione della strada regionale n. 44 della Valle del Lys, nel tratto interessante il fenomeno franoso del Tiazhore, in Comune di Gressoney Saint Jean e Gressoney la Trinité.

L'esclusione dalla gara era stata disposta perché, come si legge nella comunicazione in data 21 aprile 2009, la durata della cauzione provvisoria prodotta dalla ricorrente sarebbe risultata inferiore a quella prescritta dal disciplinare di gara (240 giorni).

La ricorrente in primo grado impugnava, insieme al provvedimento di esclusione, anche il disciplinare di gara, nella parte concernente la durata della cauzione provvisoria (punto 5.1).

2. Il TAR con la sentenza appellata ha ritenuto fondata la censura con cui la società ricorrente ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto un duplice profilo.

Secondo il primo giudice la polizza prodotta dalla società ricorrente era infatti inequivoca nel prevedere che la durata della garanzia era pari a quella prevista dal bando.

Con un unico articolato motivo la Regione Valle D'Aosta ha appellato la sentenza del TAR sostenendo la erronea interpretazione del punto 5.1. del Bando di gara, la erronea valutazione della situazione di fatto e la erronea motivazione della sentenza.

Secondo la Regione la impresa avrebbe offerto una garanzia inferiore (180 giorni) a quella prescritta (240 giorni) limitandosi ad apporre una clausola di stile intrinsecamente generica "o la maggiore durata richiesta dal bando di gara".

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

L'appello non merita accoglimento e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

Nel caso di specie il contratto fideiussorio era stipulato su un modulo predisposto da una sola parte e cioè dalla compagnia di assicurazione. La durata della polizza era quella di 180 giorni posto che ciò risultava dallo schema tipo 1.1. richiamato dal modulo nelle caselle "data inizio garanzia fideiussoria" e "data fine garanzia fideiussoria".

Vi era tuttavia una clausola derogatrice della durata della polizza contenuta nell'appendice di polizza ove era testualmente scritto: " Con riferimento alla assicurazione stipulata con la polizza suindicata emessa nell'interesse della ditta obbligata ati Controinteressata s.p.a. Ing. Controinteressata due e c. s.p.a. ...si prende atto di quanto segue: "la presente polizza fideiussoria viene rilasciata ai sensi dell'art.75 del decreto legislativo 163 del 12 aprile 2006, ha validità di almeno 180 giorni o quella maggiore prevista dal bando decorrenti dalla data di presentazione della offerta...".

Come evidenziato dalla appellata e dal TAR, tale clausola, proprio perché posta in deroga a quanto previsto dal modulo predisposto da una delle parti, non può essere qualificata quale mera clausola di stile giacché da un lato non è affatto generica atteso che prevede la maggiore durata della garanzia con riferimento ad un termine ben preciso determinato dal bando, d'altro canto, ponendo una deroga alle condizioni generali del contratto, prevale sul contenuto del modulo.

In particolare non è dubbio che tale clausola sia stata oggetto della volontà negoziale delle parti atteso che essa evidenzia una precisa volontà di deroga di quanto previsto nel modulo prestampato della compagnia di assicurazione estendendo la durata della polizza oltre i 180 giorni previsti nelle condizioni generali predisposte dalla compagnia.

Si richiama al riguardo il principio dettato dall'art. 1342 del c.c. per il quale le clausole aggiunte al modulo (o formulario), prevalgono su quelle del modulo (o formulario) anche se queste ultime non sono state cancellate.

Pertanto risulta evidente la validità della polizza per la durata corrispondente ai 240 giorni previsti dal bando sia pure indicata, non con il dato alfanumerico, ma per relationem al bando, con l'effetto che non sussisteva motivo per escludere la ricorrente dalla gara.

La Regione richiama una precedente decisione tenuta presente anche dal primo giudice, della Sezione quinta del Consiglio di Stato (n.2885 dell'11 maggio 2009) secondo la quale non può considerarsi conforme a quanto prescritto dal bando una cauzione con validità garantita nel minimo non già a quanto previsto dal bando, bensì a 180 giorni, pur corredata all'impegno di rinnovare la garanzia allorquando non fosse ancora intervenuta la aggiudicazione al momento della scadenza.

Senonché il caso risolto nella decisione di cui sopra è diverso da quello sottoposto odiernamente alla Sezione.

Nel caso di cui sopra la durata della polizza era inferiore a quella prevista dal bando e poteva essere prolungata sino al raggiungimento della maggiore durata solo con una ulteriore attività da parte della pubblica amministrazione; il che di fatto avrebbe dato luogo ad un maggiore e non dovuto onere a carico della amministrazione con la necessità di rinnovazione e, dall'altro lato, ad una violazione della par condicio giacché avrebbe messo i concorrenti in diversa posizione equiparando coloro che fornivano la fideiussione di durata superiore, come richiesto da bando, con altri che viceversa fornivano fideiussione con durata minore, vale a dire 180 giorni rinnovabili.

Nel caso in esame, relativo alla gara a cui ha partecipato l'ati CONTROINTERESSATA spa, invece, non vi è necessità di alcuna ulteriore attività da parte della pubblica amministrazione, né lesione della par condicio dei concorrenti atteso che la società ha fornito una polizza di durata di 240 giorni pari a quanto richiesto dal bando.

Si legga anche

la cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata.

In particolare il Collegio reputa fondato ed assorbente il primo motivo di ricorso, disatteso dal T.A.R. e riproposto in questa sede, con cui si afferma la violazione della lex specialis (punto III 1.1 del bando; punto 8.11 della lettera d'invito e art. 11 Capitolato Speciale d'Appalto - Parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, d.lgs. n.163/2006) con riferimento al termine di validità della cauzione provvisoria: esso contesta che la validità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI aggiudicatario T.M.E. sarebbe inferiore ai 250 giorni richiesti nel bando di gara e nella lettera d'invito, dal che deriverebbe una diversa consistenza rispetto alla cauzione proposta dall'ATI ricorrente e, dunque, una violazione della par condicio.

Com'è noto, la cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata. Ha, pertanto, funzione indennitaria dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto di stipulare il contratto e sanzionatoria degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando (cfr. Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866; Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098). La sua natura provvisoria (alla stipula del contratto viene sostituita da quella definitiva) e la sua specifica funzione comportano che la sua durata non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta, risultandone diversamente pregiudicata la stessa ratio legis della cauzione provvisoria.

Ed infatti nel Codice dei Contratti il legislatore ha normativamente equiparato il termine minimo di irrevocabilità dell'offerta alla durata minima della cauzione, prevedendolo, in entrambi i casi, in 180 gg dalla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, tranne termini più ampi previsti dalla lex specialis di gara (art. 11, comma 6 e 75, comma 5).

A tali principi si è correttamente attenuta la stazione appaltante che, dopo aver prescritto al punto VI.3) del bando di gara che l'offerente è "vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta", ha corrispondentemente imposto (punto III. 1.1 del bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg dalla presentazione dell'offerta.

Inoltre, come fondatamente eccepito dall'appellante, al p. 8.11 della lettera di invito ed all'art. 11 del c.s.a., parte normativa, la stazione appaltante ha previsto che la garanzia fideiussoria "deve... essere corredata dall'impegno del garante a prorogare la garanzia per la durata indicata nel bando di gara (250 gg) nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione".

Le norme di gara imponevano, dunque, che le imprese partecipanti presentassero una cauzione valida non meno di 250 gg, nonché munita dell'impegno del garante a rinnovarla per un uguale periodo laddove nel primo termine la procedura di gara non fosse terminata.

Ora, nel caso di specie, come fondatamente dedotto dall'appellante, l'aggiudicatario non ha presentato la cauzione conforme a quanto richiesto dalle norme di gara.

Ha, infatti, presentato una cauzione provvisoria con una validità garantita nel minimo non a 250 gg bensì a 180 gg con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore analogo periodo (e, quindi, per 180 gg) la predetta garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione.

La sussistenza di un impegno al rinnovo conferma che la garanzia prodotta dall'aggiudicatario ha una scadenza predeterminata di 180 gg in luogo dei 250 fissati dalla normativa di gara, con ciò escludendosi, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, che la stessa possa avere valenza comunque sino all'aggiudicazione della procedura; in tal caso infatti non avrebbe avuto senso prevedere l'ipotesi del rinnovo su richiesta "alla scadenza".

Trattasi di una difformità sostanziale, che viola la par condicio, atteso che la ricorrente, odierna appellante, ha dovuto invece procurarsi una cauzione di validità non inferiore a 250 gg e con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore periodo.

L'aggiudicatario doveva, quindi, essere escluso sulla base dei principi in tema di evidenza pubblica (cfr. Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2005, n. 3752, in merito alla impossibilità di integrare la cauzione provvisoria), nonché alla luce di quanto espressamente previsto nel bando di gara in questione (sezione III, art. III.1.1) lettera a), pag. 5, secondo cui "La mancanza o la incompletezza di quanto richiesto alla presente lett. A [NDR in merito alla cauzione provvisoria] comporta l'esclusione dell'offerta).

Il Tribunale, con la sentenza impugnata, ha rigettato il motivo facendo leva sulle clausole di cui all'art. 2 lett. a), b) e c) della garanzia. Ma tali clausole, che, in realtà, sono del tutto tipiche, in quanto contenute nello schema tipo di cui al D.M. n. 123 del 12 marzo 2004, prevedono che – all'interno della scadenza fissata dalla stessa garanzia – la garanzia cessi nel momento in cui l'obbligato non risulti aggiudicatario o secondo classificato e comunque dopo trenta giorni dall'aggiudicazione ovvero con la stipula del contratto tra obbligato e stazione appaltante.

Il Tribunale ritiene che tali clausole comportino che la fideiussione abbia comunque validità sino all'esito della gara a prescindere dalla durata della gara medesima.
Trattasi di interpretazione non divisibile della portata della garanzia.

Merita di essere segnalata la decisione numero 2885 del 24 maggio 2009 emessa dal Consiglio di Stato ed in particolare il seguente passaggio:

<<Infatti le richiamate clausole a), b) e c) di risoluzione della garanzia, redatte sulla base dello schema di cui al citato D.M., pacificamente operano all'interno del termine della sua durata, riguardano, cioè, ipotesi di cessazione automatica anticipata rispetto al termine di scadenza della garanzia..

Del resto, se la garanzia non avesse una sua scadenza, non avrebbe alcun senso la previsione, nella medesima pure espressamente contenuta e pattuita, di rinnovo per ugual periodo su istanza dell'obbligato. Ed infatti laddove la garanzia fosse – come ritiene il T.A.R. – comunque prestata sino all'esito della procedura, non avrebbe alcun senso la previsione di un suo rinnovo per ugual periodo.

In conclusione, a fronte di una *lex specialis* che onerava i concorrenti di una garanzia valida per 250 gg con impegno al rinnovo per uguale periodo, la controinteressata, aggiudicataria della gara, ha fornito una garanzia limitata a 180 gg rinnovabile per uguale periodo. La stessa doveva, quindi, essere esclusa non essendosi procurata onerosamente e nei termini di gara la garanzia per come imposta dalla *lex specialis*.

Data la chiarezza e non equivocità delle norme di gara, imposte a pena di esclusione, non appare, dunque, corretto il richiamo del T.A.R. alla necessità di interpretare tali norme in senso conservativo, dal momento che in *subjecta materia* il rispetto della *par condicio* deve ritenersi prevalente sul principio del *favor participationis* (cfr. C.G.A.R.S., dec. n. 85/2007; Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 231).

L'accoglimento di tale motivo di ricorso, avente carattere assorbente, consente al Collegio di dispensarsi dall'esame degli ulteriori motivi proposti dall'appellante e che il T.A.R. ha disatteso.

Quanto alle conseguenze applicative derivanti dall'annullamento nel merito dell'aggiudicazione impugnata è noto che la Cassazione ha affermato la giurisdizione dell'A.G.O. sulle questioni relative alla sorte del contratto di appalto stipulato dall'Amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169).

Sul piano conformativo la giurisprudenza successiva ha, tuttavia, reputato ammissibile una cognizione incidentale in sede di giudizio di ottemperanza della sentenza di annullamento finalizzato ad ottenere la ripetizione della procedura o l'aggiudicazione della gara (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9; Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796). >>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1528 del 16 marzo 2010 emessa dal Consiglio di Stato

N. 01528/2010 REG.DEC.

N. 08222/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 8222 del 2009, proposto da Regione Autonoma Valle D'Aosta in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gianni Maria Saracco, con domicilio eletto presso l'avv. Filippo Lubrano in Roma, via Flaminia, 79/A;

contro

Controinteressata s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Emanuele Mazzocchi e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale XXI Aprile n.11; Zoppoli & Picher s.p.a. - Costruzioni Generali;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA, AOSTA n. 00065/2009;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 febbraio 2010 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Lubrano, su delega dell'avv. Saracco e Romano; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto della controversia all'esame è l'esclusione della società ricorrente dalla gara indetta dalla Regione Valle d'Aosta per l'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa dei lavori di protezione della strada regionale n. 44 della Valle del Lys, nel tratto interessante il fenomeno franoso del Tiazhore, in Comune di Gressoney Saint Jean e Gressoney la Trinité.

L'esclusione dalla gara era stata disposta perché, come si legge nella comunicazione in data 21 aprile 2009, la durata della cauzione provvisoria prodotta dalla ricorrente sarebbe risultata inferiore a quella prescritta dal disciplinare di gara (240 giorni).

La ricorrente in primo grado impugnava, insieme al provvedimento di esclusione, anche il disciplinare di gara, nella parte concernente la durata della cauzione provvisoria (punto 5.1).

2. Il TAR con la sentenza appellata ha ritenuto fondata la censura con cui la società ricorrente ha sostenuto l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto un duplice profilo.

Secondo il primo giudice la polizza prodotta dalla società ricorrente era infatti inequivoca nel prevedere che la durata della garanzia era pari a quella prevista dal bando.

Con un unico articolato motivo la Regione Valle D'Aosta ha appellato la sentenza del TAR sostenendo la erronea interpretazione del punto 5.1. del Bando di gara, la erronea valutazione della situazione di fatto e la erronea motivazione della sentenza.

Secondo la Regione la impresa avrebbe offerto una garanzia inferiore (180 giorni) a quella prescritta (240 giorni) limitandosi ad apporre una clausola di stile intrinsecamente generica “o la maggiore durata richiesta dal bando di gara”.

3. L'appello non merita accoglimento e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

Nel caso di specie il contratto fideiussorio era stipulato su un modulo predisposto da una sola parte e cioè dalla compagnia di assicurazione. La durata della polizza era quella di 180 giorni posto che cio' risultava dallo schema tipo 1.1. richiamato dal modulo nelle caselle “data inizio garanzia fideiussoria” e “data fine garanzia fideiussoria”.

Vi era tuttavia una clausola derogatrice della durata della polizza contenuta nell'appendice di polizza ove era testualmente scritto: “ Con riferimento alla assicurazione stipulata con la polizza suindicata emessa nell'interesse della ditta obbligata ati Controinteressata s.p.a. Ing. Controinteressata due e c. s.p.a. ...si prende atto di quanto segue: “la presente polizza fideiussoria viene rilasciata ai sensi dell'art.75 del decreto legislativo 163 del 12 aprile 2006, ha validità di almeno 180 giorni o quella maggiore prevista dal bando decorrenti dalla data di presentazione della offerta...”.

Come evidenziato dalla appellata e dal TAR, tale clausola, proprio perché posta in deroga a quanto previsto dal modulo predisposto da una delle parti, non può essere qualificata quale mera clausola di stile giacché da un lato non è affatto generica atteso che prevede la maggiore durata della garanzia con riferimento ad un termine ben preciso determinato dal bando, d'altro canto, ponendo una deroga alle condizioni generali del contratto, prevale sul contenuto del modulo.

In particolare non è dubbio che tale clausola sia stata oggetto della volontà negoziale delle parti atteso che essa evidenzia una precisa volontà di deroga di quanto previsto nel modulo prestampato della compagnia di assicurazione

estendendo la durata della polizza oltre i 180 giorni previsti nelle condizioni generali predisposte dalla compagnia.

Si richiama al riguardo il principio dettato dall'art. 1342 del c.c. per il quale le clausole aggiunte al modulo (o formulario), prevalgono su quelle del modulo (o formulario) anche se queste ultime non sono state cancellate.

Pertanto risulta evidente la validità della polizza per la durata corrispondente ai 240 giorni previsti dal bando sia pure indicata, non con il dato alfanumerico, ma *per relationem* al bando, con l'effetto che non sussisteva motivo per escludere la ricorrente dalla gara.

4. La Regione richiama una precedente decisione tenuta presente anche dal primo giudice, della Sezione quinta del Consiglio di Stato (n.2885 dell'11 maggio 2009) secondo la quale non può considerarsi conforme a quanto prescritto dal bando una cauzione con validità garantita nel minimo non già a quanto previsto dal bando, bensì a 180 giorni, pur corredata all'impegno di rinnovare la garanzia allorquando non fosse ancora intervenuta la aggiudicazione al momento della scadenza.

Senonchè il caso risolto nella decisione di cui sopra è diverso da quello sottoposto odiernamente alla Sezione.

Nel caso di cui sopra la durata della polizza era inferiore a quella prevista dal bando e poteva essere prolungata sino al raggiungimento della maggiore durata solo con una ulteriore attività da parte della pubblica amministrazione; il che di fatto avrebbe dato luogo ad un maggiore e non dovuto onere a carico della amministrazione con la necessità di rinnovazione e, dall'altro lato, ad una violazione della *par condicio* giacchè avrebbe messo i concorrenti in diversa posizione equiparando coloro che fornivano la fideiussione di durata superiore, come richiesto da bando, con altri che viceversa fornivano fideiussione con durata minore, vale a dire 180 giorni rinnovabili.

Nel caso in esame, relativo alla gara a cui ha partecipato l'ati CONTROINTERESSATA spa, invece, non vi è necessità di alcuna ulteriore attività da parte della pubblica amministrazione, né lesione della *par condicio* dei concorrenti atteso che la società ha fornito una polizza di durata di 240 giorni pari a quanto richiesto dal bando.

5. In conclusione l'appello non merita accoglimento e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

In relazione alla peculiarità della fattispecie, spese ed onorari del giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, definitivamente decidendo respinge l'appello.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Aldo Scola, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2010

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

Il Dirigente della Sezione