

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29708-cos-nella-fattispecie-la-polizza-fideiussoria-sottoscritta-dal-consorzio-ricorrente-pur-non-riportando-per-intero-l-oggetto-della-gara-come-indicato-fra-virgolette-nel-bando-non-pu-non-ritenersi->

Autore: Lazzini Sonia

**Così, nella fattispecie, la polizza fideiussoria sottoscritta dal Consorzio ricorrente, pur non riportando per intero l'oggetto della gara, come indicato fra virgolette nel bando, non può non ritenersi che riferita inequivocabilmente alla gara in question**

**Tar Campania, Napoli, 21.05.2010 n. 7712**

***Così, nella fattispecie, la polizza fideiussoria sottoscritta dal Consorzio ricorrente, pur non riportando per intero l'oggetto della gara, come indicato fra virgolette nel bando, non può non ritenersi che riferita inequivocabilmente alla gara in questione.***

E ciò anche se i vocaboli utilizzati (nell'indicare la gara) non riproducono esattamente la dizione contenuta nel bando e nel disciplinare di gara. Infatti i vocaboli mancanti non aggiungono alcun ulteriore elemento necessario all'individuazione della gara, con la conseguenza che non sussiste neanche il minimo dubbio circa l'identificazione del contratto di fideiussione sottoscritto dal Consorzio ricorrente con la gara per la quale la fideiussione è stata presentata.

Il Consorzio ricorrente aveva chiesto di partecipare alla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del Polo agroalimentare regionale – Par. Con il ricorso in esame ha impugnato il provvedimento, comunicato con nota del R.U.P. del 1 marzo 2010, con il quale è stato escluso dalla gara, e ne ha chiesto l'annullamento perché illegittimo sotto diversi profili.

2.- La Commissione Giudicatrice, nominata con Decreto Dirigenziale n. 28 del 18.12.2009, ha ritenuto, nella seduta del 2 febbraio 2010, di dover escludere dalla gara in questione il Consorzio RICORRENTE perché la polizza fideiussoria presentata <<non è conforme ai requisiti previsti a pena d'esclusione dall'art. 12 del disciplinare di gara: punti a - b e d >>.

3.- Al riguardo si deve partire con il rilevare che l'art. 12 del disciplinare di gara prevede che <<a garanzia della serietà e della irrevocabilità dell'offerta e, in particolare dell'autenticità della certificazione prodotta e della veridicità delle dichiarazioni rese nell'offerta medesima, nonché della obbligazione di sottoscrivere il contratto in ipotesi di aggiudicazione del Servizio, ciascun concorrente deve prestare, a pena di esclusione, una garanzia, pari al 2% dell'importo di euro 300.000,00, a base di gara, ai sensi e con le modalità previste dall'art. 75 del Codice>> dei contratti.

<<A scelta del concorrente, la garanzia può essere prestata sia nella forma della cauzione che nella forma della fideiussione>>.

In particolare la fideiussione, che può essere bancaria, assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti negli appositi elenchi, <<deve, a pena di esclusione:

a) indicare testualmente il seguente oggetto: “Gara con procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei servizi relativi all'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del “Polo agroalimentare regionale (Par)” – fideiussione quale cauzione provvisoria richiesta al punto 13 del bando di gara”;

b) in relazione alla gara in oggetto garantire:

- l'autenticità della certificazione prodotta e della veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell'offerta;

- l'obbligazione di sottoscrivere il contratto alle condizioni indicate nell'offerta in ipotesi di aggiudicazione della gara;

c) ...

d) prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.... >>.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Ciò posto, in relazione ai motivi di esclusione del Consorzio ricorrente dalla gara in oggetto, sinteticamente indicati dalla Commissione Giudicatrice nell'atto impugnato, si deve preliminarmente osservare che, come già questa Sezione ha potuto rilevare in sede di esame della domanda cautelare

(ordinanza n. 642 del 18 marzo 2010), risulta certamente frutto di un errore l'asserita mancanza del requisito di cui alla lettera "d" dell'art. 12 del disciplinare di gara.

Nella polizza fideiussoria sottoscritta dal Consorzio ricorrente con la Compagnia garante (polizza n. 5568500218919) e presentata per la gara in questione, è infatti espressamente specificata, nell'allegato integrativo, la rinuncia al beneficio della escussione richiesta dalla lettera "d" dell'art. 12 del disciplinare di gara.

5.- Questa Sezione, confermando sul punto le valutazioni formulate in sede cautelare, ritiene poi che anche l'asserita mancanza del requisito di cui alla lettera "a" dell'art. 12 del disciplinare di gara non risulti adeguatamente giustificato.

Infatti la già indicata Polizza presentata dal Consorzio ricorrente per la gara in questione risulta sottoscritta a garanzia per la partecipazione alla gara indetta dalla Regione Campania per i <<Servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del "Polo agroalimentare regionale">>.

La polizza fideiussoria presentata risulta quindi, come emerge dalla dizione utilizzata, chiaramente ed univocamente riferita alla gara in questione alla quale il Consorzio ricorrente ha chiesto di partecipare.

6.- Né si può ritenere che il formalismo che è necessario rispettare nelle procedure di gara, anche a garanzia della par condicio dei concorrenti, possa giungere fino al punto di dover considerare non corretta una espressione utilizzata solo perché la stessa non riproduce esattamente, parola per parola, quella indicata nel bando quando la formula utilizzata, senza alcun margine neanche minimo di dubbio, riproduce comunque in concreto il riferimento richiesto.

Così, nella fattispecie, la polizza fideiussoria sottoscritta dal Consorzio ricorrente, pur non riportando per intero l'oggetto della gara, come indicato fra virgolette nel bando, non può non ritenersi che riferita inequivocabilmente alla gara in questione.

E ciò anche se i vocaboli utilizzati (nell'indicare la gara) non riproducono esattamente la dizione contenuta nel bando e nel disciplinare di gara. Infatti i vocaboli mancanti non aggiungono alcun ulteriore elemento necessario all'individuazione della gara, con la conseguenza che non sussiste neanche il minimo dubbio circa l'identificazione del contratto di fideiussione sottoscritto dal Consorzio ricorrente con la gara per la quale la fideiussione è stata presentata.

L'esclusione del Consorzio Ricorrente dalla gara in questione dettata per la mancanza del requisito di cui alla lettera a) del disciplinare di gara deve ritenersi quindi anch'essa erronea e pertanto non legittima.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 7712 del 21 maggio 2010 emessa dal Tar Campania, Napoli

**N. 07712/2010 REG.SEN.**  
**N. 01333/2010 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 della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1333 del 2010, proposto dal: Consorzio Ricorrente "The RICORRENTE Italiana Partnership", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Provera e Giuseppe Sartorio, con domicilio eletto in Napoli, via dei Mille n.16;

***contro***

la Regione Campania, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Almerina Bove, con domicilio eletto in Napoli, via Santa Lucia, n. 81;

***nei confronti di***

Rpa Srl;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia, della nota della Regione Campania, prot. 0181296 del 1 marzo 2010, di esclusione del Consorzio ricorrente dalla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del polo agroalimentare regionale*  
*- Par.*

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Campania;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 642 del 18 marzo 2010;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010 il dott. Dante D'Alessio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.- Il Consorzio ricorrente aveva chiesto di partecipare alla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del Polo agroalimentare regionale – Par. Con il ricorso in esame ha impugnato il provvedimento, comunicato con nota del R.U.P. del 1 marzo 2010, con il quale è stato escluso dalla gara, e ne ha chiesto l'annullamento perché illegittimo sotto diversi profili.

2.- La Commissione Giudicatrice, nominata con Decreto Dirigenziale n. 28 del 18.12.2009, ha ritenuto, nella seduta del 2 febbraio 2010, di dover escludere dalla gara in questione il Consorzio RICORRENTE perché la polizza fideiussoria presentata <<non è conforme ai requisiti previsti a pena d'esclusione dall'art. 12 del disciplinare di gara: punti a - b e d >>.

3.- Al riguardo si deve partire con il rilevare che l'art. 12 del disciplinare di gara prevede che <<a garanzia della serietà e della irrevocabilità dell'offerta e, in particolare dell'autenticità della certificazione prodotta e della veridicità delle dichiarazioni rese nell'offerta medesima, nonché della obbligazione di sottoscrivere il contratto in ipotesi di aggiudicazione del Servizio, ciascun concorrente deve prestare, a pena di esclusione, una garanzia, pari al 2% dell'importo di euro 300.000,00, a base di gara, ai sensi e con le modalità previste dall'art. 75 del Codice>> dei contratti.

<<A scelta del concorrente, la garanzia può essere prestata sia nella forma della cauzione che nella forma della fideiussione>>.

In particolare la fideiussione, che può essere bancaria, assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti negli appositi elenchi, <<deve, a pena di esclusione:

a) indicare testualmente il seguente oggetto: “Gara con procedura aperta per l’affidamento dell’appalto dei servizi relativi all’elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del “Polo agroalimentare regionale (Par)” – fideiussione quale cauzione provvisoria richiesta al punto 13 del bando di gara”;

b) in relazione alla gara in oggetto garantire:

- l’autenticità della certificazione prodotta e della veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell’offerta;

- l’obbligazione di sottoscrivere il contratto alle condizioni indicate nell’offerta in ipotesi di aggiudicazione della gara;

c) ...

d) prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.... >>.

4.- Ciò posto, in relazione ai motivi di esclusione del Consorzio ricorrente dalla gara in oggetto, sinteticamente indicati dalla Commissione Giudicatrice nell’atto impugnato, si deve preliminarmente osservare che, come già questa Sezione ha potuto rilevare in sede di esame della domanda cautelare (ordinanza n. 642 del 18 marzo 2010), risulta certamente frutto di un errore l’asserita mancanza del requisito di cui alla lettera “d” dell’art. 12 del disciplinare di gara.

Nella polizza fideiussoria sottoscritta dal Consorzio ricorrente con la Compagnia garante (polizza n. 5568500218919) e presentata per la gara in questione, è infatti espressamente specificata, nell’allegato integrativo, la rinuncia al beneficio della escussione richiesta dalla lettera “d” dell’art. 12 del disciplinare di gara.

5.- Questa Sezione, confermando sul punto le valutazioni formulate in sede cautelare, ritiene poi che anche l’asserita mancanza del requisito di cui alla lettera “a” dell’art. 12 del disciplinare di gara non risulti adeguatamente giustificato.

Infatti la già indicata Polizza presentata dal Consorzio ricorrente per la gara in questione risulta sottoscritta a garanzia per la partecipazione alla gara indetta dalla

Regione Campania per i <<Servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del "Polo agroalimentare regionale">>.

La polizza fideiussoria presentata risulta quindi, come emerge dalla dizione utilizzata, chiaramente ed univocamente riferita alla gara in questione alla quale il Consorzio ricorrente ha chiesto di partecipare.

6.- Né si può ritenere che il formalismo che è necessario rispettare nelle procedure di gara, anche a garanzia della *par condicio* dei concorrenti, possa giungere fino al punto di dover considerare non corretta una espressione utilizzata solo perché la stessa non riproduce esattamente, parola per parola, quella indicata nel bando quando la formula utilizzata, senza alcun margine neanche minimo di dubbio, riproduce comunque in concreto il riferimento richiesto.

Così, nella fattispecie, la polizza fideiussoria sottoscritta dal Consorzio ricorrente, pur non riportando per intero l'oggetto della gara, come indicato fra virgolette nel bando, non può non ritenersi che riferita inequivocabilmente alla gara in questione.

E ciò anche se i vocaboli utilizzati (nell'indicare la gara) non riproducono esattamente la dizione contenuta nel bando e nel disciplinare di gara. Infatti i vocaboli mancanti non aggiungono alcun ulteriore elemento necessario all'individuazione della gara, con la conseguenza che non sussiste neanche il minimo dubbio circa l'identificazione del contratto di fideiussione sottoscritto dal Consorzio ricorrente con la gara per la quale la fideiussione è stata presentata.

L'esclusione del Consorzio Ricorrente dalla gara in questione dettata per la mancanza del requisito di cui alla lettera a) del disciplinare di gara deve ritenersi quindi anch'essa erronea e pertanto non legittima.

7.- Resta a questo punto da esaminare la questione sollevata in ordine al motivo di esclusione di cui alla lettera "b" dell'art. 12 del disciplinare di gara che, come si è su ricordato, prevede che la fideiussione deve garantire: 1) l'autenticità della certificazione prodotta e la veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione

dell'offerta; 2) l'obbligazione di sottoscrivere il contratto alle condizioni indicate nell'offerta in ipotesi di aggiudicazione della gara.

Sostiene al riguardo il Consorzio ricorrente che se l'esclusione è stata determinata per la mancata espressa indicazione nella Polizza stipulata (e depositata con l'offerta) dei suindicati elementi, l'esclusione deve ritenersi illegittima perché tali elementi sono intrinseci al contratto sottoscritto e nulla aggiungono a quello che è il contenuto tipico delle fideiussioni che sono presentate per le partecipazioni alle gare ai sensi dell'art. 75 del Codice dei Contratti.

In particolare le garanzie richieste dalla lettera "b" dell'art. 12 del disciplinare di gara, secondo la parte ricorrente, non sono altro che specificazioni del contenuto del comma 6 dell'art. 75 del Codice dei Contratti secondo cui <<la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario>>, in ciò includendo evidentemente ogni fatto -- compreso l'autenticità della certificazione prodotta e la veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell'offerta nonché l'obbligazione di sottoscrivere il contratto alle condizioni indicate nell'offerta, nell'ipotesi di aggiudicazione della gara -- dovuto al partecipante alla gara che non consente di giungere poi alla sottoscrizione del contratto.

La Regione Campania, nella sua memoria difensiva, sostiene invece che, anche a voler ritenere che la garanzia fideiussoria si estenda in via naturale e per legge anche all'ipotesi di falsità delle dichiarazioni e/o dei documenti e certificazioni prodotte, l'espressa assunzione di siffatta obbligazione di garanzia da parte del garante risponde ad un interesse <certamente meritevole di tutela, consistente nella certezza del contenuto del rapporto di garanzia e nella prevenzione di contestazioni e contenzioso>>.

8.- Questo Tar ritiene fondate anche su tale punto le doglianze sollevate dal Consorzio ricorrente.



Si deve al riguardo ricordare che, per giurisprudenza pacifica, in una gara pubblica la cauzione provvisoria svolge una duplice funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 4 ottobre 2005, n. 8; Consiglio di Stato sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 2 marzo 2009, n. 2113).

La cauzione provvisoria ha quindi la funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto ed anche l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese, in sede di partecipazione alla gara, circa il possesso dei requisiti prescritti dal bando, così da garantire l'affidabilità dell'offerta e rappresentare, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente, con la conseguente diretta ed automatica escussione della cauzione nel caso del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 16 luglio 2008, n. 1755).

9.- Posto quindi che la garanzia fideiussoria prestata in sede di presentazione di una offerta per una gara include, come previsto dalla legge (art. 75, comma 6, del Codice dei Contratti), qualsiasi fatto dovuto a colui che ha presentato l'offerta che non consenta di sottoscrivere con lui il contratto qualora sia risultato affidatario, tale garanzia, anche nella fattispecie in esame, non può non includere in primo luogo il caso che il partecipante alla gara non sottoscriva il contratto alle condizioni

indicate nell'offerta nell'ipotesi di aggiudicazione della gara (così come richiesto dal secondo alinea della lettera "b" dell'art. 12 del disciplinare di gara).

E la garanzia fideiussoria prestata non può non includere, per quanto si è su ricordato, anche l'eventuale mancata aggiudicazione dovuta alla non autenticità della certificazione prodotta e alla non veridicità delle dichiarazioni rese nella presentazione dell'offerta (come richiesto dal primo alinea della lettera "b" dell'art. 12 del disciplinare di gara).

A tal riguardo deve essere anche richiamato l'art. 48, del d.lgs. n. 163 del 2006 recante il Codice dei Contratti (che riporta quanto prima previsto dall'art. 10, comma 1 quater, della legge n. 109 del 1994), che, nel prevedere che le stazioni appaltanti procedano ad una verifica a campione delle domande di partecipazione ad una gara, consentendo alle imprese sorteggiate di comprovare il possesso dei requisiti di « capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione... », precisa che, quando la prova non sia fornita ovvero non siano confermate le dichiarazioni contenute nelle domande di partecipazione, si procede alla esclusione dalla gara con l'escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità di vigilanza.

10.- Deve considerarsi pertanto irrilevante la circostanza che nella polizza fideiussoria sottoscritta dal Consorzio ricorrente per prestare la cauzione provvisoria per la partecipazione alla gara in questione non erano riportate per esteso le indicazioni contenute nella lettera b) dell'art. 12 del disciplinare di gara posto che il contenuto di tali indicazioni doveva considerarsi comunque già incluso, per quanto disposto dalla legge nella interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza oramai consolidata, nel contenuto della polizza sottoscritta dalla ricorrente.

11.- Nè può ritenersi, come sostenuto anche in memoria dalla Regione, che la formula contenuta nel primo alinea dell'art. 12 del disciplinare di gara possa essere

interpretata nel senso di prevedere una garanzia (ulteriore) di autenticità delle dichiarazioni e/o dei documenti e delle certificazioni prodotte, tenuto conto che tale garanzia non potrebbe certo essere fornita da un atto che è espressione di un negozio giuridico di diritto privato che interviene tra il garante (l'Istituto di credito) ed il beneficiario (e se il bando avesse voluto prevedere siffatta ulteriore garanzia risulterebbe certamente equivoco e quindi anche illegittimo).

Compito della polizza fideisussoria, come previsto dalla legge, è invece quello di garantire l'amministrazione per tutti i fatti addebitabili al presentatore dell'offerta che non consentano poi di poter sottoscrivere con lui il contratto per la gara indetta, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante.

12.- Per tutti gli esposti motivi il ricorso deve essere accolto e l'esclusione del Consorzio Ricorrente "The RICORRENTE Italiana Partnership", dalla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del polo agroalimentare regionale – Par deve essere in conseguenza annullato.

In considerazione della novità della questione si ritiene di dover disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo per la Campania, sede di Napoli, Sez. II, accoglie il ricorso in epigrafe n. 1333 del 2010 R.G., e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato con il quale è stata disposta l'esclusione del Consorzio Ricorrente "The RICORRENTE Italiana Partnership", dalla Gara per l'affidamento dei servizi per l'elaborazione dello studio di fattibilità e del progetto preliminare del polo agroalimentare regionale - Par.

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con  
l'intervento dei Magistrati:

Carlo D'Alessandro, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Pierluigi Russo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2010

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

IL SEGRETARIO