

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29709-compito-della-polizza-fideisussoria-come-previsto-dalla-legge-invece-quello-di-garantire-l-amministrazione-per-tutti-i-fatti-addebitabili-al-presentatore-dell-offerta-che-non-consentano-poi-di-po>

Autore: Lazzini Sonia

**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 indet**

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

***Compito della polizza fideiussoria, 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.***

***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***

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.

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>>.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

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 fideiussoria, 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.

*89 LFSSA ANCF*

Il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente

Una polizza fideiussoria provvisoria, intestata alla sola capogruppo designata e non anche alla mandante, può ritenersi utile a costituire la cauzione provvisoria, richiesta per la partecipazione alla gara in relazione all'art. 30, comma 1, della legge n. 109/1994 s.m.i.?

Vediamo qual è il parere espresso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza plenaria numero 8 del 4 ottobre 2005:

Intanto una premessa di carattere meramente teorico:

<va sottolineato che la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive. Si tratta quindi di stabilire, quanto al caso di specie, quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria>

#### **In caso di Ati, per quanto concerne il rischio della mancata sottoscrizione del contratto:**

< In presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata.

Garantite sono tutte le imprese associate, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione>

#### **Pertanto:**

< Il fideiussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento propedeutico delle offerenti - mandanti e cioè deve garantire l'Amministrazione anche nel caso in cui, per fatto imputabile a tutti, o anche soltanto a taluno degli offerenti, il mandato non venga rilasciato e, di conseguenza, non emerga un mandatario comune e, quindi, il contratto non possa essere stipulato.

Le obbligazioni, ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, quanto alle ATI costituenti sono dunque quella finale della capogruppo (la sottoscrizione del contratto) e quella propedeutica delle mandanti di conferire il mandato>

**In caso di Ati, per quanto concerne il rischio del mancato possesso dei requisiti autodichiarati :**

< Quanto agli ulteriori impegni, oggetto della cauzione provvisoria, è stato osservato in giurisprudenza che essa 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

Va richiamato a quest'ultimo riguardo l'art. 10 comma 1quater della legge n. 109/94 e successive modificazioni, che prevede, tra l'altro, la escussione della cauzione, nella ipotesi in cui, in sede di verifica da parte della stazione appaltante, l'impresa concorrente non provi ovvero non confermi le dichiarazioni contenute, in ordine ai detti requisiti, nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

Analoga garanzia è usualmente prevista anche nei cosiddetti "patti di integrità" in cui le parti si impegnano a tenere comportamenti anticorruzione nonché a non creare, direttamente o indirettamente, ovvero a tollerare accordi che possano falsare la regolarità della aggiudicazione della gara e/o influire sulla corretta esecuzione dell'appalto (v. C.d.S. Sez. V 24 marzo 2005, n. 1258 e 28 giugno 2004 n. 4789). >

**Pertanto:**

<E' evidente che anche sotto questi profili (non strettamente collegati alla sottoscrizione del contratto), soprattutto nel caso di ATI costituenti, la garanzia debba essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara.>

la risposta quindi è:

<il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara>

non risultando regolare:

<Se da un lato infatti correttamente la garanzia è riferita in generale agli obblighi e agli oneri derivanti dalla partecipazione alla gara d'appalto, dall'altro, in contrasto con i principi sopra enunciati, come esattamente rilevato dal TAR, nella polizza fidejussoria non solo l'impresa mandante non viene esplicitamente menzionata, ma non si fa nemmeno riferimento all'essenziale circostanza che l'impresa "debitrice principale" partecipa all'incanto in qualità di mandataria di una costituenda ATI; addirittura, dal tenore letterale delle espressioni usate, la contraente risulta concorrere come se fosse un'impresa singola>

***FD ANCORÀ***

Dalla mancanza dei requisiti di partecipazione e quindi dall'annullamento dell'aggiudicazione per fatto del concorrente deriva altresì la legittimità della escussione della cauzione provvisoria: L'art 75 del d.lgs. n° 163 del 2006 prevede espressamente che la garanzia prevista da tale norma copra la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario\_la mancanza dei requisiti relativi alla capacità

tecnica comporta la riconducibilità della mancata sottoscrizione del contratto al fatto dell'aggiudicatario: la norma dell'art 75 è espressamente richiamata al paragrafo III punto 1.1. del bando di gara, pertanto non si può dubitare dell'applicabilità di tale regime della escussione della cauzione.

Poiché nel disciplinare di gara, al paragrafo 7, era previsto che nel termine di 15 giorni dalla aggiudicazione l'aggiudicatario dovesse, tra gli altri documenti, produrre ( punto r) copia delle certificazioni EN ISO 9001: 2000 , per la installazione e il montaggio, il cui possesso fosse stato eventualmente dichiarato in sede di offerta tecnica, e considerato questo un requisito tecnico, risultano legittimi sia l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria che l'escussione della cauzione provvisoria in caso di mancata presentazione della certificazione richiesta? Qual è inoltre il parere dell'adito giudice amministrativo avverso la tesi della ricorrente secondo la quale < tale requisito non sarebbe previsto a pena di esclusione.>?

La giurisprudenza è costante nel ritenere che le prescrizioni del disciplinare e del capitolato siano parte integrante del bando di gara e costituiscano nell'insieme la lex specialis della gara. In tema di appalti pubblici, il capitolato speciale d'onere costituisce documento integrante il bando di gara, sicché, al pari di questo, vincola i partecipanti alla gara, ai quali si richiede una lettura complessiva e globale delle regole di partecipazione, poste sia nel bando che nel capitolato. In tema di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, le prescrizioni poste a pena di inammissibilità dell'offerta, normalmente rappresentabili nel bando di gara, possono altresì trovare ingresso anche nel capitolato speciale d'appalto. In questo caso, le stesse, al fine di evitare possibili discriminazioni tra i potenziali partecipanti, assumono la medesima portata precettiva e, pertanto, dal mancato rispetto deriva l'esclusione dalla gara \_ La mancata produzione della documentazione relativa alle certificazioni EN ISO 9001: 2000, dichiarate in sede di offerta, è espressamente prevista nel disciplinare ( paragrafo 7 punto r) di gara come causa di annullamento dell'aggiudicazione. \_Pertanto, in maniera legittima la stazione appaltante ha proceduto all'annullamento delle aggiudicazioni per i quattro lotti e alla aggiudicazione alle seconde classificate.\_ Infatti le previsioni di certificazioni di qualità, come risulta dagli articoli 42 e 43 del d.lgs. n° 163 del 2006, rientrano nei requisiti tecnici che l'Amministrazione può richiedere in sede di gara. In mancanza di tali requisiti è legittima l'esclusione.  **Ai sensi dell'art 42 comma 4 i requisiti previsti nel comma 1 del presente articolo possono essere provati in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizione del decreto del Presidente della Repubblica del 28 dicembre 2000, n. 445; al concorrente aggiudicatario è poi richiesta la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di offerta. Nel caso di specie, la mancanza di tali requisiti è emersa al momento di tale verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario, come previsto anche dal disciplinare di gara. Qualora la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico -organizzativa non sia fornita, ovvero non vi sia conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, si deve procedere all'esclusione del concorrente dalla gara ed all'escussione della cauzione provvisoria. \_ L'art 75 del d.lgs. n° 163 del 2006 prevede espressamente che la garanzia prevista da tale norma copra la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario. \_Il fatto dell'aggiudicatario non deve essere inteso come accertamento della responsabilità del dolo o della colpa di questo, ma solo come riconducibilità in base al nesso di causalità, alla aggiudicatario. Ciò deriva dalla stessa natura di garanzia della cauzione provvisoria. Se si dovesse accertare la responsabilità dell'aggiudicatario si tratterebbe di una forma di risarcimento per responsabilità contrattuale o precontrattuale. La mancata dimostrazione, nel previsto termine legale, del possesso dei requisiti prescritti nel bando, legittima l'esclusione dalla gara e, quale automatica conseguenza discendente ex lege, l'escussione della cauzione senza che possa darsi positivo rilievo né al carattere psicologico della violazione, né all'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'impresa, ovvero alla produzione dei documenti prescritti**

Dalla lettura della sentenza numero 2113 del 2 marzo 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma appuriamo che:

< Sostiene la difesa ricorrente la illegittimità delle previsioni del disciplinare di gara se interpretate nel senso di prevedere la esclusione in caso di mancato possesso della certificazione per i centri di assistenza.

Tale argomentazione non può essere condivisa.

E' noto, infatti, l'orientamento giurisprudenziale per cui rientra nella discrezionalità tecnica della stazione appaltante la indicazione dei requisiti tecnici per la partecipazione alla gara.

L'amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d'appalto, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza. Rientra, infatti, nella discrezionalità della stazione appaltante la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito>

Ma vi è di più

**< Qualora la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico - organizzativa non sia fornita, ovvero non vi sia conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, si deve procedere all'esclusione del concorrente dalla gara ed all'escussione della cauzione provvisoria.**

**Quest'ultima conseguenza ha la funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da assicurare l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente>**

Ed ancora

< Nel caso di specie, la mancanza dei requisiti relativi alla capacità tecnica comporta la riconducibilità della mancata sottoscrizione del contratto al fatto dell'aggiudicatario.

La norma dell'art 75 è espressamente richiamata al paragrafo III punto 1.1. del bando di gara, pertanto non si può dubitare dell'applicabilità di tale regime della escussione della cauzione.

Il disciplinare infatti diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente non prevede alcuna altra disciplina della cauzione, diversamente da quella suddetta cui peraltro neppure potrebbe legittimamente derogarsi.

Ne deriva, altresì, che la escussione della cauzione provvisoria, configurandosi come atto vincolato, non doveva essere preceduto, ai sensi dell'art 21 octies della legge n° 241 del 7-8-1990, dalla comunicazione di avvio del procedimento, peraltro comunicata nella nota del 24-4-2008.>

## **Giurisprudenza richiamata**

Gara (di servizi) per la ricerca della miglior Compagnia di Assicurazione: può la stazione appaltante limitare la partecipazione alle direzioni generali o alle gerenze delle compagnie assicurative”, specificando nel disciplinare di gara, che “la partecipazione alla gara è riservata esclusivamente alle direzioni generali delle imprese di assicurazioni o loro gerenze, autorizzate ai sensi di legge dalle compagnie assicurative ? si può affermare che l’esclusione degli agenti può anche valere ad evitare duplicazioni di offerte da parte della stessa Compagnia di assicurazioni, con le ovvie conseguenze sulla trasparenza della gara?per essere legittimati a ricorrere, bisogna dimostrare (prova di resistenza che deve accompagnare la proposizione del gravame) di avere almeno una parte dei requisiti richiesti se gli stessi (un miliardo di euro di fatturato) vengono considerati limitativi alla partecipazione ?

L’amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d’appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti\_nel bando di gara l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito\_ la scelta dell'Amministrazione appare pienamente rispettosa dei limiti funzionali della logicità e ragionevolezza, della sua pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito e dell'assenza di contraddittorietà interna, e non arreca alcun pregiudizio ai principi di imparzialità e di par condicio, in quanto non restringe, oltre lo stretto indispensabile ed oltre le esigenze organizzative dettate dalla specificità del servizio (si tratta di gara di rilevanza nazionale, per l’espletamento pluriennale di servizi assicurativi, e di importo considerevole), la platea dei potenziali concorrenti, ampio essendo il ventaglio delle Compagnie assicurative in grado di partecipare direttamente alla gara;\_ allorché il bando rechi una clausola direttamente inibitoria della partecipazione, lo stesso può essere impugnato senza neppure dare corso all’impugnativa della successiva aggiudicazione, ma, non di meno, il ricorrente deve, in tal caso, quanto meno affermare di essere in possesso degli altri requisiti di partecipazione per cui – eliminata, a seguito dell’eventuale accoglimento del ricorso, la clausola preclusiva della partecipazione in concreto impugnata - difettando ogni dimostrazione o anche semplice affermazione in tal senso, manca la necessaria prova di resistenza che deve accompagnare la proposizione del gravame;

merita di essere segnalata la decisione numero 3655 del 25 luglio 2008, emessa dal Consiglio di Stato per i seguenti fondamentali principi in essa contenuti:

< Le censure sono infondate e l’appello è da respingere.

Al riguardo, la Sezione osserva:

- che può omettersi l’esame di ogni questione afferente all’ammissibilità dell’originario ricorso e dei successivi motivi aggiunti, in quanto l’appello appare infondato nel merito;
- che, in particolare, l’amministrazione è legittimata ad introdurre, nella lex specialis della gara d’appalto che intende indire, disposizioni atte a limitare la platea dei concorrenti onde consentire la partecipazione alla gara stessa di soggetti particolarmente qualificati, specie per ciò che attiene al possesso di requisiti di capacità tecnica e finanziaria, tutte le volte in cui tale scelta non sia eccessivamente quanto irragionevolmente limitativa della concorrenza, specie se destinata a predeterminare, in linea di fatto, il ventaglio dei possibili partecipanti;
- che, invero, nel bando di gara l'amministrazione appaltante può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli





Mancata comprova dei requisiti di ordine speciale (fatturato insufficiente): è legittima l'escussione della cauzione provvisoria? qual è la funzione della cauzione provvisoria? l'amministrazione deve tener conto dell'elemento psicologico su cui si basa l'inadempimento?

Qualora la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa non sia fornita, ovvero non vi sia conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, si deve procedere alla esclusione del concorrente dalla gara ed alla escussione della cauzione provvisoria: quest'ultima conseguenza ha la funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle Imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da assicurare l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e dalla serietà del comportamento del concorrente; essa rappresenta una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'Amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente: da ciò deriva che l'escussione della cauzione è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 184 del 14 gennaio 2008 emessa dal Tar Lazio, Roma

Vediamo i fatti:

< Con sentenza n. 7798 del 13 giugno 2002 questo Tribunale, infatti, ha respinto il ricorso proposto dalla ricorrente avverso il provvedimento di esclusione. Tale decisione è stata, poi, confermata dal Consiglio di Stato con decisione n. 2236 del 2007(\*\*\*) sicché, per un verso, la determinazione di escludere la deducente dalla gara stessa appare legittima e, per l'altro, le doglianze relative ai vizi della disposta esclusione, qui riproposte, si palesano inammissibili in quanto coperte dal giudicato.

2. Rimane, quindi, da esaminare il primo motivo con cui viene censurato, per vizi propri, il provvedimento di incameramento della cauzione.>

I motivi del ricorso

< In proposito, la ricorrente deduce la violazione delle prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera di invito, nonché l'eccesso di potere sotto vari profili, assumendo che l'Amministrazione avrebbe dovuto rilevare la mancanza del fatturato richiesto per la partecipazione alla gara, trattandosi di errore facilmente riconoscibile e risultante dalla domanda di partecipazione.

A dire della ricorrente, l'erroneità della dichiarazione, consistente nell'aver evidenziato il fatturato globale del triennio anziché il fatturato medio, avendo indicato nella domanda di partecipazione che "l'importo medio del fatturato realizzato per i servizi di pulizia (...) nel triennio 1998/1999/2000 ammonta complessivamente a Lit. 17.283.750.942", è scaturita dalla poca chiarezza del bando; ma tale inesattezza era facilmente riscontrabile dalla Stazione appaltante già nella fase di prequalifica.>

Il giudicato:

< Il Consiglio di Stato, invero, in particolare con riferimento alla circostanza sopra evidenziata, ha rilevato che la ricorrente, da un evento meramente fattuale - vale a dire dall'aver superato positivamente la fase di prequalificazione sulla base della documentazione attestante il possesso dei requisiti richiesti dalle prescrizioni del bando - vuol far discendere effetti sostanziali e, cioè l'impossibilità di essere esclusa dalla gara in una fase successiva. Ma tale prospettazione non tiene conto del fatto che l'istante, comunque, era priva del requisito del fatturato richiesto, sicché, sebbene tale carenza sia stata accertata in sede di aggiudicazione definitiva, la conclusione non poteva che essere l'esclusione dalla gara e la conseguente escussione della cauzione. Peraltro non può ritenersi che la Stazione appaltante abbia consumato il potere di verificare il possesso dei requisiti richiesti in sede di prequalifica, poiché, prima

dell'aggiudicazione definitiva, era prevista, al capo V della lettera di invito, la verifica dei requisiti (cfr. Cons. Stato, sent. n. 2236 del 2007).>

Ed infatti:

< Non può poi trascurarsi che nel caso di specie la lettera di invito, al punto “esito verifiche”, prevedeva l'escussione della cauzione in caso di insussistenza anche di uno solo dei requisiti richiesti. Sicché, per concludere, anche se la giurisprudenza citata dalla ricorrente esclude l'applicabilità alle gare aventi ad oggetto la prestazione di servizi delle disposizioni previste in materia di LL.PP., laddove stabiliscono l'obbligo della prestazione della cauzione provvisoria e sanzionano con l'escussione della medesima la mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda, deve osservarsi che tale previsione è espressamente richiamata dalla lettera di invito.>

Ma non solo

**< va precisato che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che l'escussione della cauzione sia possibile, anzi rappresenta atto dovuto, ogni volta che, non risultando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione, l'Amministrazione abbia provveduto, a norma della lex specialis, alla esclusione dell'impresa dalla procedura. In altre parole, la escussione della cauzione “deve essere disposta come effetto automatico di quella determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito”**, senza possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella della sua difformità da quanto dichiarato senza, cioè, che possa assumere rilievo il carattere psicologico della violazione, che, peraltro, nel caso di specie, neanche viene in rilievo, atteso che, nella sentenza di questo Tribunale sopra richiamata (pagg. 9 e 10), si afferma esplicitamente che “dagli atti depositati in giudizio ....si evince, mediante semplici operazioni aritmetiche e sulla base delle indicazioni contenute nel bando di gara, che la ricorrente non aveva i requisiti per essere ammessa alla gara medesima, perché il proprio fatturato relativo al triennio 1998/2000 è pari a 1,5 dell'importo posto a base dell'appalto per il lotto n. 3, come in precedenza chiarito. Tale circostanza costituisce un elemento sufficiente per l'esclusione della gara”.>

Per una miglior comprensione della fattispecie, si legga la decisione numero 2236( \*\*\*) del 10 maggio 2007 emessa dal Consiglio di Stato a cui si riferiscono i fatti emarginati:

< REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2236/2007

Reg.Dec.

N. 10122 Reg.Ric.

ANNO 2002

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla società La ALFA s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Osvaldo Fassari, ed elettivamente domiciliata in Roma presso lo studio dell'avv. Pietro Marsili, via dei Due Macelli, n. 60

contro

la società Ferrovie dello Stato s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. prof. Francesco Molè e dall'avv. Paolo Carbone, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 15,

per l'annullamento

della sentenza n. 7798/2002 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. III ter, resa inter partes.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società intimata;

Vista la memoria prodotta dalla parte resistente a sostegno della propria difesa;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 13 marzo 2007, relatore il Consigliere Giuseppe Romeo, uditi l'avv. Quici per delega dell'avv. Molè e l'avv. Fassari;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.- L'appellante ha impugnato innanzi al TAR Lazio la nota delle Ferrovie dello Stato s.p.a., con la quale le è stata comunicata l'esclusione dalla gara relativa al lotto 3 dell'appalto di servizi di pulizia degli immobili ricadenti nella giurisdizione Business Unit Centro Servizi di Gruppo delle Ferrovie dello Stato s.p.a., deducendo i seguenti vizi:

- la ALFA non poteva essere esclusa dalla gara sul presupposto che l'importo medio del fatturato nel triennio 1998/2000, risultante dai suoi bilanci, non sarebbe stato pari ad 1,5 volte il valore annuo del lotto 3, ai sensi del punto 14 lett. B3 del bando di gara. La ALFA aveva già dichiarato, in sede di richiesta di ammissione alla gara, importi anche minori di quelli verificati successivamente dalla società appaltante, e il requisito, poi risultato mancante, era stato positivamente esaminato al momento della valutazione delle domande di partecipazione, tant'è che la stessa ha partecipato alla gara. Non essendo, quindi, stata esclusa in sede di prequalificazione alla gara, la società non poteva essere esclusa dopo aver partecipato alla gara, a meno che i requisiti dichiarati in precedenza non fossero stati "conformi a realtà"; il che non è. L'esclusione, inoltre, della ALFA inficia tutta la gara, giacché la sua offerta ha concorso a determinare la soglia di anomalia, sicché in subordine l'intera gara deve essere annullata.

- la motivazione addotta per l'esclusione è "del tutto apparente ed inconferente", perché la stazione appaltante avrebbe dovuto chiarire il perché del mutamento di interpretazione della clausola del bando in esame, la quale dapprima aveva consentito la partecipazione della ALFA alla gara, e successivamente ha invece comportato la sua esclusione. Il tutto in contrasto con l'affidamento in un esito favorevole della gara.

2.- Con la sentenza impugnata il TAR ha respinto il ricorso, escludendo anche l'applicabilità nella specie del provvedimento del 24 luglio 1997 dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato, con il quale è stato precisato che l'impresa, qualora non disponga del fatturato minimo necessario per la partecipazione alla gara, può dimostrare in altro modo la propria capacità finanziaria.

3.- Appella la ricorrente, riproponendo le medesime censure di primo grado, con qualche riferimento alle argomentazioni di cui alla sentenza impugnata.

4.- Resiste la appellata, chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

5.- Il ricorso, trattenuto in decisione all'udienza del 13 marzo 2007, è infondato.

La società ALFA, che era risultata prima classificata nella graduatoria delle offerte per il lotto 3 dell'appalto di servizi di pulizia, alla cui gara, indetta dalle Ferrovie dello Stato, aveva partecipato a seguito di verifica positiva dei requisiti previsti dalle prescrizioni del bando (cd. "operazioni di prequalifica"), è stata esclusa dalla Commissione di gara, riunita per l'espletamento delle verifiche prima della aggiudicazione definitiva, perché "l'importo medio del fatturato nel triennio 1998/2000, risultante dai bilanci, non è pari a 1,5 volte il valore annuo del lotto 3 - £ 9.867.540.000-, così come esplicitamente prescritto al punto 14 lettera B3 del bando di gara".

L'appellante non contesta di essere priva del requisito richiesto a pena di esclusione dalla gara. Essa ritiene che una volta superata positivamente la fase di prequalificazione sulla base di una verifica positiva della documentazione (presentata in tale fase) attestante il possesso dei requisiti richiesti dalle prescrizioni del bando, non poteva essere esclusa dalla gara in una fase successiva (prima della aggiudicazione definitiva), sebbene la stessa fosse risultata priva di un requisito, il cui possesso era richiesto, a pena di esclusione, dalla disciplina di gara, mai contestata.

La tesi appare speciosa, perché pretende di fare derivare effetti sostanziali (possesso di un requisito di cui si è sprovvisti) da una circostanza meramente fattuale, vale a dire dalla circostanza che la verifica della documentazione, presentata unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, si era conclusa (non importano le cause, se per disattenzione ovvero per insufficienza della documentazione) con un esito positivo non corrispondente alla realtà, quanto al possesso del requisito richiesto.

La questione da definire resta, però, una sola ed è relativa al possesso del requisito del fatturato richiesto in capo alla società partecipante, requisito che l'istante non ha neppure tentato di dimostrare di possedere.

D'altra parte, non è vero che la stazione appaltante avesse consumato in sede di prequalifica il potere di verificare il possesso dei requisiti richiesti dal bando, giacché, prima dell'aggiudicazione definitiva, era prevista la verifica dei requisiti di cui al capo V della lettera di invito.

Neppure può convenirsi con l'appellante, la quale sostiene che solo se i requisiti dichiarati non fossero stati conformi alla realtà, la stessa poteva essere esclusa, e che la stazione appaltante avrebbe dovuto chiarire il perché della diversa interpretazione della clausola del bando, che, in sede di prequalifica, aveva consentito la partecipazione alla gara, e poi invece aveva determinato la esclusione.

Ancora una volta l'appellante, piuttosto che dimostrare di possedere il requisito richiesto, al fine di evidenziare l'erroneità del presupposto che ha indotto la stazione appaltante ad escluderla dalla gara, continua a denunciare la presenza di vizi formali che giammai possono superare "la realtà", cioè che la stessa non ha il requisito del fatturato necessario per poter partecipare alla gara.

Una volta dichiarata legittima la sua esclusione, la stessa non ha motivo di reclamare la caducazione dell'intera gara in ragione del fatto che la sua offerta ha concorso alla determinazione della soglia di anomalia.

Resta invece da valutare il richiamo dell'interessata al provvedimento dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato, che, a suo dire, le dovrebbe consentire di dimostrare, qualora non si disponga del fatturato minimo, in altro modo la propria capacità finanziaria.

Il richiamo è inutile, dal momento che – come precisato dal TAR – la legittimità dei requisiti previsti dal bando non è stata mai messa in dubbio.

In ogni caso, la questione è inammissibile perché il ricorso di primo grado non contiene alcuna deduzione in ordine alla previsione del requisito del fatturato, mentre dalla sentenza impugnata risulta che la ricorrente “ha depositato in giudizio” il menzionato provvedimento dell'Autorità, del quale malamente viene affermata la rilevanza, e se ne invoca l'applicazione.

L'appello va, pertanto, respinto.

Le spese e gli onorari di giudizio possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello in epigrafe. Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma, il 13 marzo 2007 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo Presidente

Carmine Volpe Consigliere

Giuseppe Romeo Consigliere est.

Luciano Barra Caracciolo Consigliere

Lanfranco Balucani Consigliere

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere Segretario

GIUSEPPE ROMEO GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....10/05/2007

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

Il Direttore della Sezione

MARIA RITA OLIVA

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria>

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'obbligo 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