

Consiglio di Stato, sentenza n. 5142 del 17 luglio 2004 - Non è errore scusabile "scambiare" le fideiussioni riguardanti due gara indette contestualmente: la circostanza che la polizza fideiussoria avesse funzioni di garanzia della corretta esecuzione della prestazione, vale a collocarla fra gli elementi essenziali dell'offerta (a cura di Sonia Lazzini)

Non è errore scusabile "scambiare" le fideiussioni riguardanti due gara indette contestualmente: la circostanza che la polizza fideiussoria avesse funzioni di garanzia della corretta esecuzione della prestazione, vale a collocarla fra gli elementi essenziali dell'offerta

Anche se l'art. 1936 c.c. non pone alcun limite di forma alla possibilità di obbligarsi personalmente presso il creditore a garanzia dell'adempimento dell'altrui obbligazione, tale barriera si rinviene però nella prova del contratto di fideiussione, quando la medesima prova rivesta il carattere di formalità posta a garanzia della parità di condizione in cui trattare tutti i soggetti che partecipano alla gara.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5142 del 17 luglio 2004 conferma l'operato di un'amministrazione per aver escluso dalla procedura pubblica un'impresa la cui polizza provvisoria garantiva un appalto diverso da quello oggetto della gara

Osservano infatti i giudici di palazzo Spada che «Alla base dell'errore vi era infatti un "scambio", anche se inavvertito e in buona fede, di polizze fideiussorie riguardanti le due gare indette contestualmente, errore la cui rettifica importerebbe l'inserimento negli atti di gara di un documento diverso da quello inviato con la domanda di partecipazione, con evidente trasformazione della documentazione in possesso dell'Amministrazione ed alterazione della par condicio. È così superato l'argomento del motivo in esame di illegittimità dell'operato dell'Amministrazione, che avrebbe svalutato l'esistenza del contratto di fideiussione nei termini esatti previsti dal bando di gara e avrebbe escluso la concorrente per un errore materiale nella documentazione riguardante la prova del contratto stesso»

Viene inoltre espresso il concetto per il quale « Di fronte alla necessità che il documenti in dispon****lità della stazione appaltante non siano alterati nella loro sostanza, non è poi configurabile alcun onere dell'Amministrazione di invitare la ditta concorrente a chiarire le ragioni dell'errore: a fronte della necessità che agli atti di gara i documenti siano conformi a quelli richiesti dal bando, è indifferente che il contratto di fideiussione fosse stato effettivamente stipulato»

A cura di Sonia LAZZINI

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 seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 7110/2003, proposto **** Idrobioimpianti s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI **** Idrobioimpianti s.p.A. - Costruzioni **** s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentato e difeso dall'avv. Enzo Maria Marengi, ed elettivamente domiciliato in Roma, Piazza di Pietra n. 63;

contro

il Comune di Ariccia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to Fabio Lorenzoni con domicilio eletto nel suo studio in Roma, Via del Viminale, 43;

e nei confronti

della Società **** a r.l. non costituita nel presente grado.

per la riforma

della sentenza del 25 giugno 2003, n. 5614 del TAR del Lazio - Sezione seconda bis, che ha rigettato il ricorso proposto dalla Società avverso i verbali di aggiudicazione provvisoria (25 e 26 febbraio 2003) dell'appalto di servizio gestione e manutenzione degli impianti di depurazione e sollevamento del Comune di Ariccia, dell'atto di aggiudicazione definitiva, del bando di gara per pubblico incanto, prot. 30019, ATC n. 8282, nella parte in cui non consentirebbe la regolarizzazione della cauzione provvisoria, e, ove occorra della determinazione a contrattare n. 1149/02 e, in parte qua, del regolamento comunale sui contratti nonché per il risarcimento del danno.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 2 marzo 2004 , relatore il Consigliere Cesare Lamberti e uditi, altresì, gli avvocati Marengi e Lorenzoni;

fatto

Con determinazione 19 dicembre 2002, n. 1149 il Dirigente dell'Area Tecnica del comune di Ariccia ha indetto la gara per l'affidamento mediante pubblico incanto e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa del servizio per la gestione tecnica ed operativa e la manutenzione degli impianti di depurazione e di sollevamento. Nella stessa determina sono stati approvati il bando, il regolamento e il disciplinare di gara. Il bando stabiliva, al punto 10 che l'offerta dei concorrenti doveva essere corredata da una cauzione provvisoria di € 9.003,00 pari al 2% dell'importo della prestazione posta a base della gara, riducibile ad € 9.502,00 pari all'1% in caso di impresa in possesso di certificazione di qualità. Il disciplinare di gara disponeva al punto 5, che i concorrenti erano tenuti a presentare, a pena di esclusione, tra gli altri documenti richiesti, quietanza del versamento ovvero fideiussione bancaria ovvero polizza assicurativa in originale relativa alla cauzione provvisoria. Nello schema di domanda di partecipazione alla gara, approvata unitamente al bando ed al disciplinare, veniva inserita la dichiarazione in base alla quale i concorrenti si impegnavano ad accettare, senza condizione e riserva alcuna tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara e nel relativo disciplinare. La costituenda ATI **** Idrobioimpianti S.p.A. - Costruzioni **** s.p.a. ha presentato domanda di partecipazione sottoscrivendo senza riserve la domanda stessa. Il 25 febbraio 2003, la Commissione di gara procedeva all'apertura delle buste contenenti la documentazione ed accertava che l'ATI ricorrente aveva rimesso una cauzione provvisoria per un appalto diverso da quello oggetto del procedimento concorsuale e la escludeva dalla gara. Avverso l'esclusione **** Idrobioimpianti S.p.A. quale capogruppo della costituenda Ati con Costruzioni **** s.p.a. ha prodotto ricorso al TAR Lazio, che lo ha rigettato, con la sentenza in epigrafe, sul rilievo che la facoltà di regolarizzare o chiarire la documentazione prodotta non può trovare applicazione quando l'impresa abbia radicalmente omesso di

presentare uno dei documenti richiesti dal bando di gara a pena di esclusione. Tale documentazione risultava radicalmente omessa, anche se per errore, mentre quella acclusa in sostituzione era del tutto irrilevante, perché riferita ad altra gara e quindi difforme dalle prescrizioni della lex specialis del bando di gara.. Avverso la sentenza propone appello l'ATI **** Idroimpianti S.p.A. - Costruzioni **** S.p.A. Resiste il Comune di Ariccia con memoria.

diritto

Si impugna la sentenza in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo regionale del Lazio ha respinto il ricorso avverso l'esclusione del raggruppamento **** Idroimpianti S.p.A. - Costruzioni **** S.p.A. dalla gara indetta dal comune di Ariccia per il servizio di gestione tecnico-operativa e manutenzione degli impianti di sollevamento e depurazione. Secondo il verbale di gara, la documentazione rimessa dall'ATI costituenda risulta irregolare quanto alla cauzione provvisoria perché riguarda un appalto diverso da quello relativo al procedimento concorsuale e perché espone un importo di € 9.003,00, inferiore all'importo richiesto di € 9.502,00, espressamente previsto dal punto 10, lett. a) del disciplinare. Nell'ascrivere tale irregolarità a mero errore materiale nella presentazione del documento comprovante l'avvenuta stipula del contratto di fideiussione richiesto per la cauzione, l'appellante ha chiarito di avere partecipato a due procedure concorsuali indette contestualmente dal comune e di avere inavvertitamente invertita la documentazione attestante le polizze fideiussorie. In punto di diritto ha dedotto tre motivi, i primi due di violazione del D.Lgs. n. 157/1995 e della legge 241/1990, e il terzo di violazione dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000.

Il primo motivo è articolato in due profili. Si afferma: -che la fideiussione comunque esistite e l'errore si appunta solo sulla prova documentale del contratto; -che l'amministrazione doveva riconoscere l'errore avendo consentito la regolarizzazione nell'altra gara a cui lo stesso costituendo raggruppamento appellante aveva partecipato: era perciò in grado di rettificarlo tramite interpello dell'interessata. Gli argomenti dell'appellante non sono fondati. È noto al Collegio come in tema di fideiussione sia permessa ampia libertà di forma al prestatore della garanzia personale nel manifestare il proprio intendimento di obbligarsi in qualità di fideiussore, con il solo limite dell'inequivocità ed oggettività di tale manifestazione di volontà (Cass. III, 8 marzo 2002, n. 3429). Del resto l'art. 1936 c.c. non pone alcun limite di forma alla possibilità di obbligarsi personalmente presso il creditore a garanzia dell'adempimento dell'altrui obbligazione. Il limite si rinviene però nella prova del contratto di fideiussione, quando la medesima prova rivesta il carattere di formalità posta a garanzia della parità di condizione in cui trattare tutti i soggetti che partecipano alla gara. Il corrispondente documento assume in questo caso un significato che trascende il suo valore formale e la cui essenzialità va ricercata nella realizzazione dell'imparzialità dell'azione amministrativa. Entro siffatti limiti va ricondotta la possibilità prevista dall'art. 16 D.Lgs. n. 157/1995 di invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. La disposizione, si riferisce, pertanto ai documenti in possesso dell'amministrazione, con esclusione espressa dei casi come quello in esame, che postula la sostituzione di un documento con un altro, come pretende l'appellante nei motivi in esame. Alla base dell'errore vi era infatti un "scambio", anche se inavvertito e in buona fede, di polizze fideiussorie riguardanti le due gare indette contestualmente, errore la cui rettifica importerebbe l'inserimento negli atti di gara di un documento diverso da quello inviato con la domanda di partecipazione, con evidente trasformazione della documentazione in possesso dell'Amministrazione ed alterazione della par condicio. È così superato l'argomento del motivo in esame di illegittimità dell'operato dell'Amministrazione, che avrebbe svalutato l'esistenza del contratto di fideiussione nei termini esatti previsti dal bando di gara e avrebbe escluso la concorrente per un errore materiale nella documentazione riguardante la prova del contratto stesso.

Di fronte alla necessità che il documenti in disponibilità della stazione appaltante non siano alterati nella loro sostanza, non è poi configurabile alcun onere dell'Amministrazione di invitare la ditta

concorrente a chiarire le ragioni dell'errore: a fronte della necessità che agli atti di gara i documenti siano conformi a quelli richiesti dal bando, è indifferente che il contratto di fideiussione fosse stato effettivamente stipulato. La possibilità di invitare le imprese concorrenti a completare o fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni, rappresenta concreta applicazione e completamento del criterio del giusto procedimento introdotto dall'art. 3 della legge n. 241/1990. Criterio soggetto peraltro al limite intrinseco della non alterazione delle condizioni di gara, cosa che sarebbe necessariamente avvenuta se l'amministrazione avesse permesso alla ditta ricorrente di sostituire con quella indicante l'importo corretto la polizza fideiussoria erroneamente inserita fra la documentazione a suo tempo inviata. È pertanto infondato anche il secondo dei profili in cui si articola la censura in esame. Non rileva poi che la medesima Amministrazione abbia permesso di sanare il medesimo errore in cui l'appellante era incorsa nell'altra gara contestualmente indetta. Data l'autonomia delle decisioni di ciascuna commissione aggiudicatrice, attiene alle sue scelte discrezionali ammettere una partecipante la cui documentazione non sia conforme a legittimità, salvo subirne le conseguenze sul piano risarcitorio ove il suo comportamento venga censurato in sede giurisdizionale.

Quanto chiarito circa il primo motivo, supera gli aspetti del secondo, relativi sia all'esistenza di orientamenti giurisprudenziali difformi dalla decisione assunta dal comune di Ariccia, sia al carattere di mero errore materiale in cui avrebbe versato il comportamento dell'appellante. La circostanza che la polizza fideiussoria avesse funzioni di garanzia della corretta esecuzione della prestazione, vale a collocarla fra gli elementi essenziali dell'offerta, che non può essere alterata: e ciò difformemente da quanto si sostiene nella censura in esame. Che, infine, il raggruppamento avesse deciso di prestare fideiussione, fra le forme di garanzia ammesse, supera l'ultimo aspetto del motivo in esame, circa la possibilità della partecipante di avvalersi anche del versamento in numerario in luogo della polizza fideiussoria e di illegittimità del comportamento dell'amministrazione per non avere permesso di integrare la cauzione irregolarmente presentata.

Non sussiste, infine, alcuna violazione dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000, come si assume nella terza censura, di incompatibilità del presidente della commissione di gara, avendo lo stesso dirigente adottato gli atti propedeutici alla selezione delle offerte. Fra le funzioni proprie dei dirigenti, la disposizione in esame annovera precisamente (art. 107, D.Lgs. n. 267/2000, comma 3, lett. a) e b) "la presidenza delle commissioni di gara e di concorso" e "la responsabilità delle procedure di gara e di concorso". Data la natura comunque gestionale dell'attività svolta, non è quindi incompatibile che lo stesso dirigente provveda all'adozione dei provvedimenti amministrativi prodromici allo svolgimento della gara (quali l'approvazione dello schema di bando e del contratto e l'emanazione della determinazione a contrattare).

L'appello deve essere quindi respinto. Va confermata la prima decisione. Le spese di giudizio possono tuttavia essere compensate fra le parti per giusti motivi.

p.q.m.

Il Consiglio di Stato, quinta sezione, definitivamente decidendo sull'appello in premessa, lo respinge. Conferma la decisione impugnata. Compensa integralmente fra le parti le spese ed onorari del presente giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 2 marzo 2004 DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 17 luglio 2004