

La clausola a semplice richiesta scritta permette all'Amministrazione l'immediata escussione senza bisogno di alcun tipo di motivazione

La funzione della clausola di pagamento "a semplice richiesta scritta" in ciò che la stazione appaltante non è tenuta a documentare e comunque a specificare i motivi della richiesta di pagamento avendone diritto a semplice richiesta, fermi restando i rapporti sottostanti tra la compagnia di assicurazione e l'assicurata società partecipante, estranei al rapporto esterno con la stazione appaltante

Il Tar Sicilia, Catania, con la sentenza numero 95 del 18 gennaio 2007 ci offre un importante insegnamento in tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria e di necessaria esclusione di un'impresa la cui provvisoria non contenga la clausola del pagamento a semplice richiesta scritta.

La *lex specialis* di gara non lasciava molti dubbi:

le ditte partecipanti alla gara in questione dovevano prestare cauzioni, provvisoria e definitiva, contenenti espressamente, pena la esclusione dalla gara stessa,

- √ la clausola di rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale
- √ e quella che le somme garantite sono esigibili a semplice e non documentata richiesta da parte della stazione appaltante, senza che possano essere opposte eccezioni di qualsiasi natura e genere

si presenta una ditta la cui cauzione contiene la seguente clausola:

"la stazione appaltante, quando a seguito di inadempimento del contraente abbia diritto, ai sensi di legge, di ricorso alla garanzia prestata con la presente polizza, ne farà richiesta scritta (sic) alla Società.

Il pagamento delle somme sarà effettuato dalla società entro il termine massimo di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta (sic) della stazione appaltante, restando inteso che, ai sensi dell'art. 1944 C.C. la Società non godrà del beneficio della preventiva escussione del contraente

Non ci sono dubbi. Già da una prima lettura deve immediatamente rilevarsi che manca un aggettivo vicino alla richiesta della Stazione Appaltante.

Mentre la Legge (ma anche il bando) prevede che:

Art. 75 del decreto legislativo 163/2006

(...) 4. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a **semplice** richiesta scritta della stazione appaltante.

Mentre nella dicitura della cauzione presentata la dicitura parla di < ricevimento della richiesta scritta >

Ma non solo.

La polizza non va proprio bene, vediamo quindi che cosa ne pensa l'adito giudice amministrativo

< Effettuata questa necessaria ricostruzione delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara, si passa a valutare la portata delle condizioni contenute nella polizza fornita dal raggruppamento

ricorrente, nella quale è correttamente enunciata quella della rinuncia alla preventiva escussione del debitore principale,
mentre

la clausola della esigibilità delle somme assicurate a semplice richiesta della stazione appaltante non appare soddisfatta, considerato che il pagamento delle somme richieste sarà effettuato solo in caso di inadempimento del contraente che rientri tra quelli che “ai sensi di legge” attribuisca il diritto alla stazione appaltante di ricorrere alla garanzia prestata.

In altri termini, la stazione appaltante, al fine di conseguire le somme assicurate, non è sufficiente che ne faccia “semplice richiesta”, poiché tale richiesta dovrà essere sottoposta al vaglio della compagnia di assicurazione che dovrà verificare che l’inadempimento del contraente rientri tra quelli che “ai sensi di legge” attribuisca il diritto alla stazione appaltante di riscuotere le somme assicurate>

Ma una tale divergenza è così grave da giustificare l’esclusione della ditta la cui cauzione è stata posta in discussione?

Il giudice amministrativo non ha alcun dubbio. La risposta non può essere che affermativa, infatti:

< Non si tratta, come intende parte ricorrente, di una semplice divergenza formale tra la enunciazione della clausola in questione come prevista nel disciplinare di gara e come contenuta nella polizza fideiussoria presentata dalle ricorrenti, **bensì di una vera e propria divergenza sostanziale che contrasta con la ratio della previsione il cui rigore è posta a garanzia della serietà delle offerte dei partecipanti, nell’interesse prevalente della stazione appaltante che possa fare pieno e incondizionato affidamento sulle offerte proposte.>**

questo anche perché vige un importante principio di carattere generale, secondo cui:

< Il mancato soddisfacimento delle condizioni prescritte a pena di esclusione nel disciplinare di gara, determina l’automatica esclusione del concorrente, come è avvenuto nel caso di specie, previa analitica descrizione dei motivi che hanno determinato l’esclusione stessa, contenuta nel relativo verbale di gara, che appare pertanto immune dai vizi rilevati>

a cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza integrale del Tar Sicilia, Catania, con la sentenza numero 95 del 18 gennaio 2007

REPUBBLICA ITALIANA N. 0095/07 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 1379/06 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sezione seconda interna, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Italo Vitellio Presidente

Dott. Gabriella Guzzardi Consigliere est.

Dott. Giuseppa Leggio Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 1379/2006 R.G., proposto dalle imprese ITAL SERVICE di Guglielmino Giuseppe, in persona del titolare omonimo, in proprio e quale mandataria del RTI con le imprese IMPRESA ECOLOGICA Busso Giuseppe, in persona del titolare omonimo e ECO.S.I. s.r.l. in persona del suo legale rappresentante, rappresentati e difesi dagli avvocati Pietro De Luca e Nicola Seminara, presso lo studio del quale ultimo sono elettivamente domiciliati in Catania, Corso delle province n.203,

CONTRO

KALAT AMBIENTE s.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Harald Bonura, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliato in Catania, via Toselli n.40,

e NEI CONFRONTI di

AGESP s.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Scuderi, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliato in Catania, via V. Giuffrida n.37,

e CON L'INTERVENTO AD OPPONENDUM

della società MERIDIANA S. R.L., con sede in Misterbianco, in persona del legale rappresentante pro tempore,

PER L'ANNULLAMENTO

Delle operazioni di cui al verbale di pubblico incanto culminate nel provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla ditta AGESP s.p.a della gara per l'affidamento dei servizi di igiene urbana nell'ATO CT 5 relativo al bacino territoriale dei comuni di Grammichele, Mineo, Mazzarrone Vizzini; in particolare del provvedimento di esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo di imprese odierne ricorrenti, adottato dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 29/03/06; del provvedimento di aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata AGESP, di ogni atto presupposto, compreso l'art. 7 ultimo paragrafo del Capitolato Speciale d'Appalto, di ogni altro atto connesso, consequenziale ed esecutivo tra cui l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata e l'eventuale contratto.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio delle parti intimiate e l'intervento od opponendum spiegato dalla Meridiana s.r.l.,

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore alla pubblica udienza del giorno 19 dicembre 2006 il Consigliere dott. Gabriella Guzzardi;

Uditi altresì gli avvocati delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Il raggruppamento ricorrente, che ha partecipato alla gara de qua, impugna le operazioni di gara che hanno determinato la propria esclusione per asseriti vizi della fideiussione prodotta, e l'aggiudicazione alla AGESP controinteressata.

A sostegno del ricorso vengono proposte le seguenti censure:

VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DEL BANDO DI GARA- VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE- ECCESSO DI POTERE PER GENERICITA' E INCONGRUENZA DELLA MOTIVAZIONE.

Il raggruppamento ricorrente sostiene la illegittimità della propria esclusione dalla gara de qua, intervenuta in quanto la garanzia fideiussoria prestata non sarebbe conforme alle prescrizioni contenute nel bando.

In particolare, a fronte della prescrizioni del bando per le quali la prestazione cauzionale deve contenere .."la clausola di rinuncia alla preventiva escussione del debitore principale e che le somme garantite sono esigibili a semplice richiesta, pena l'esclusione dalla gara da parte della Società d'ambito KALAT Ambiente s.p.a., senza che possano venire opposte eccezioni di qualsiasi natura e genere", la cauzione prodotta dalle imprese ricorrenti all'art. 4 delle condizioni generali così recita. "la stazione appaltante, quando a seguito di inadempimento del contraente abbia diritto, ai sensi di legge, di ricorso alla garanzia prestata con la presente polizza, ne farà richiesta scritta alla Società. Il pagamento delle somme sarà effettuato dalla società entro il termine massimo di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta della stazione appaltante, restando inteso che, ai sensi dell'art. 1944 C.C. la Società non godrà del beneficio della preventiva escussione del contraente".

Sostiene parte ricorrente la sostanziale corrispondenza tra le previsioni del bando e la fideiussione prestata con la quale si specifica la rinuncia al beneficio della preventiva escussione e si subordina il pagamento alla mera richiesta scritta da parte della stazione appaltante.

Qualora il bando fosse da interpretare restrittivamente nel senso della obbligatorietà dell'uso della formula in esso contenuta, viene con l'atto introduttivo impugnato in parte qua.

Le parti controinteressate, costituite in giudizio, e la MERIDIANA s.r.l., intervenuta ad opponendum, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

La ditta aggiudicataria AGESP s.p.a ha proposto ricorso incidentale deducendo la circostanza che il raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in questione anche per altri motivi, in quanto a) la polizza fideiussoria presentata è stata sottoscritto solo dalla società capogruppo, b) il fatturato dichiarato si riferisce al triennio 2003-2005 e non al triennio espressamente indicato 2002-2004, c) le imprese costituenti il raggruppamento ricorrente non avrebbero dichiarato di non avere subito sentenze di condanna in applicazione della pena su richiesta (c.d. patteggiamento) ai sensi dell'art. 444 cod. proc. civ.-

Alla Camera di Consiglio del 4 luglio 2006 la causa è stata rinviata per la trattazione del merito.

Alla pubblica udienza del giorno 19 dicembre 2006 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio procede all'esame delle censure poste a fondamento del ricorso introduttivo e ne rileva la infondatezza.

Come rilevato dalle società ricorrenti e, del resto desumibile dalle prescrizioni del capitolato speciale, le ditte partecipanti alla gara in questione dovevano prestare cauzioni, provvisoria e definitiva, contenenti espressamente, pena la esclusione dalla gara stessa, la clausola di rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e quella che le somme garantite sono esigibili a semplice e non documentata richiesta da parte della stazione appaltante, senza che possano essere opposte eccezioni di qualsiasi natura e genere.

Con riferimento a quest'ultima clausola, la ratio della stessa sta in ciò che la stazione appaltante non è tenuta a documentare e comunque a specificare i motivi della richiesta di pagamento avendone diritto a semplice richiesta, fermi restando i rapporti sottostanti tra la compagnia di assicurazione e l'assicurata società partecipante, estranei al rapporto esterno con la stazione appaltante.

Effettuata questa necessaria ricostruzione delle disposizioni contenute nel disciplinare di gara, si passa a valutare la portata delle condizioni contenute nella polizza fornita dal raggruppamento ricorrente, nella quale è correttamente enunciata quella della rinuncia alla preventiva escussione del debitore principale, mentre la clausola della esigibilità delle somme assicurate a semplice richiesta della stazione appaltante non appare soddisfatta, considerato che il pagamento delle somme richieste sarà effettuato solo in caso di inadempimento del contraente che rientri tra quelli che "ai sensi di legge" attribuisca il diritto alla stazione appaltante di ricorrere alla garanzia prestata.

In altri termini, la stazione appaltante, al fine di conseguire le somme assicurate, non è sufficiente che ne faccia "semplice richiesta", poiché tale richiesta dovrà essere sottoposta al vaglio della compagnia di assicurazione che dovrà verificare che l'inadempimento del contraente rientri tra quelli che "ai sensi di legge" attribuisca il diritto alla stazione appaltante di riscuotere le somme assicurate.

Non si tratta, come intende parte ricorrente, di una semplice divergenza formale tra la enunciazione della clausola in questione come prevista nel disciplinare di gara e come contenuta nella polizza fideiussoria presentata dalle ricorrenti, bensì di una vera e propria divergenza sostanziale che contrasta con la ratio della previsione il cui rigore è posta a garanzia della serietà delle offerte dei partecipanti, nell'interesse prevalente della stazione appaltante che possa fare pieno e incondizionato affidamento sulle offerte proposte.

Il mancato soddisfacimento delle condizioni prescritte a pena di esclusione nel disciplinare di gara, determina l'automatica esclusione del concorrente, come è avvenuto nel caso di specie, previa analitica descrizione dei motivi che hanno determinato l'esclusione stessa, contenuta nel relativo verbale di gara, che appare pertanto immune dai vizi rilevati.

La riscontrata infondatezza delle censure poste a sostegno del ricorso introduttivo, ne determinano il rigetto, senza che il Collegio si dia carico di esaminare le censure addotte dalla controinteressata aggiudicataria con il ricorso incidentale che si presenta inammissibile per carenza di interesse.

Motivi di equità inducono il Collegio a compensare le spese del giudizio

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sez. seconda interna, rigetta il ricorso in epigrafe.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2006- 10 gennaio 2007.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Dott.ssa Gabriella Guzzardi

Dott. Italo Vitellio

Depositata in Segreteria il 18 gennaio 2007