

La richiesta di presentazione di una polizza con firma autenticata non ha valore formale, ma sostanziale, ed è quindi legittima la sanzione di esclusione adottata dalla stazione appaltante

In tema di legittimità per la Stazione appaltante di richiedere l'autentica notarile della firma del fideiussore, Il Tar Campania, Napoli con la sentenza numero 3041 del 2 aprile 2007 ci insegna che:

< Ritiene il Collegio di dover dare rilievo preliminare alla disamina dell'ultimo motivo di ricorso, con il quale si censura direttamente il bando di gara, atteso che la ragione di censura impone di chiarire i motivi fondanti le scelte dell'amministrazione e quindi la ragionevolezza stessa della clausola di bando gravata, ossia quella in cui si richiede l'autenticazione notarile della firma del legale rappresentante dell'impresa fideiubente in calce alla fideiussione bancaria o alla polizza assicurativa. In tale motivo, le ricorrenti lamentano violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità; violazione del divieto di aggravamento del procedimento; e deducono come "una previsione formale non richiesta dalla legge e normalmente non richiesta nelle gare d'appalto" abbia di fatto aumentato inutilmente l'onere partecipativo.

La censura non ha pregio.

Deve rilevarsi, innanzi tutto e con riferimento alla inesistenza di un fondamento normativo alla pretesa dell'amministrazione, come il R.D. 23 maggio 1924, n. 827 "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato" preveda espressamente, all'art. 57, che "la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione". Sulla scorta di una tale previsione di legge, questo T.A.R. (T.A.R. Campania Napoli II, 26 febbraio 2002, n. 1087) ha già ritenuto legittima l'esclusione dalla gara di appalto di una impresa per mancata autenticazione della firma posta sulla polizza fideiussoria, ritenendo tale adempimento, da un lato, di natura essenziale, per diretta derivazione dalla legge a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante, per altro verso, obbligato per la tutela dell'interesse anche degli altri soggetti partecipanti alla gara. In concreto, la presenza di un doppio interesse, per un verso posto a garanzia della stazione appaltante in relazione all'esatta individuazione del soggetto che garantisce, e per altro verso, riguardante la correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione, sotto forma del rispetto della par condicio, rende del tutto legittima una tale clausola.

Ritiene il Collegio di non doversi discostare da un tale orientamento, nonostante che in giurisprudenza si riscontrino opinioni discordi, atteso che evidenzia le ragioni fondanti della scelta in sede di predisposizione della disciplina di gara. Ciò ovviamente non esclude, in fatto, la possibilità che la stazione appaltante decida di non imporre un tale onere ai partecipanti, come spesso accade e come evidenziano le ricorrenti. Tuttavia, e questo rileva nel giudizio, una volta che il citato onere viene richiesto, non può ritenersi un mero aggravamento procedimentale, rispondendo comunque a logiche ordinamentali, trasfuse anche in norme di legge.>

E' una dimenticanza sanabile?

L'adito giudice non ha dubbi nel rispondere negativamente:

< Appare oramai assodato che nel settore dell'affidamento degli appalti pubblici debba trovarsi un punto di equilibrio tra le opposte esigenze del rispetto della par condicio dei partecipanti, che impone di allontanare dalla gara i soggetti non diligenti nello svolgimento delle incombenze partecipative, e quello della massima partecipazione alla procedura, che consente margini ulteriori per il completamento delle stesse incombenze. Il modo di composizione è oramai individuato dalla giurisprudenza consolidata, nel senso che il principio del favor participationis sia invocabile solo in

presenza di regole dubbie, mentre, al contrario, l'inosservanza di specifiche e chiare clausole del bando deve comportare l'esclusione dei concorrenti (ex multis, Consiglio di Stato V, 13 gennaio 2005, n. 8229; id., 29 agosto 2001, n. 4572).

Nel caso in specie, non è possibile sindacare la chiarezza della clausola, che espressamente indicava l'oggetto e le modalità della sua applicazione, rendendo quindi impossibile l'applicazione del residuale criterio della maggior partecipazione.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA CAMPANIA
OTTAVA SEZIONE DI NAPOLI
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 11948/2001 proposto da *** s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con la *** di *** Carmine s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, e da *** di *** Carmine s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliate in Napoli, via Morgantini 3, presso lo studio dell'avv. Bruno Mantovani, unitamente al procuratore avv. Roberto Prozzo, che le rappresenta e difende in virtù di mandato a margine del ricorso introduttivo

contro

Comune di Afragola, in persona del sindaco legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in Napoli, via Domenico Fontana 81, presso lo studio del procuratore avv. Roberto De Giacomo, che lo rappresenta e difende in virtù di mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta

nonché

Dervit s.p.a., non costituita

per l'annullamento, previa sospensione,

- a. del provvedimento con cui l'offerta delle ricorrenti in ATI è stata esclusa dalla gara per l'affidamento dei "lavori di realizzazione dell'impianto fotovoltaico per varie strade cittadine";
- b. dei provvedimenti con cui la gara è stata aggiudicata alla controinteressata;
- c. dei provvedimenti della commissione e dei provvedimenti di approvazione degli atti di gara;
- d. ove occorre, del bando di gara, limitatamente alla parte oggetto di censure;

Letto il ricorso ed i relativi allegati, e tutti gli atti di causa;

Data per letta la relazione del primo referendario Diego Sabatino nella udienza pubblica del 12 marzo 2007;

Uditi altresì i difensori, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto

Con ricorso iscritto al n. 11948/2001, le parti ricorrenti, quali componenti di una costituente ATI, impugnavano i provvedimenti indicati in epigrafe. A sostegno delle loro doglianze, premettevano di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Afragola per l'affidamento dei "lavori di realizzazione dell'impianto fotovoltaico per varie strade cittadine", risultando escluse per non aver presentato una polizza fidejussoria con firma autenticata.

Ritenendo illegittimo il comportamento dell'Amministrazione, instavano per l'annullamento degli atti impugnati con vittoria di spese processuali.

Si costituiva la parte resistente, Comune di Afragola, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via graduata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 12 dicembre 2001, l'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 5953/2001.

All'udienza del 12 marzo 2007, il ricorso è stato discusso ed assunto in decisione.

Considerato in diritto

Il ricorso non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

Ritiene il Collegio di dover dare rilievo preliminare alla disamina dell'ultimo motivo di ricorso, con il quale si censura direttamente il bando di gara, atteso che la ragione di censura impone di chiarire i motivi fondanti le scelte dell'amministrazione e quindi la ragionevolezza stessa della clausola di bando gravata, ossia quella in cui si richiede l'autenticazione notarile della firma del legale rappresentante dell'impresa fideiubente in calce alla fideiussione bancaria o alla polizza assicurativa. In tale motivo, le ricorrenti lamentano violazione del principio di ragionevolezza e proporzionalità; violazione del divieto di aggravamento del procedimento; e deducono come "una previsione formale non richiesta dalla legge e normalmente non richiesta nelle gare d'appalto" abbia di fatto aumentato inutilmente l'onere partecipativo.

La censura non ha pregio.

Deve rilevarsi, innanzi tutto e con riferimento alla inesistenza di un fondamento normativo alla pretesa dell'amministrazione, come il R.D. 23 maggio 1924, n. 827 "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato" preveda espressamente, all'art. 57, che "la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione". Sulla scorta di una tale previsione di legge, questo T.A.R. (T.A.R. Campania Napoli II, 26 febbraio 2002, n. 1087) ha già ritenuto legittima l'esclusione dalla gara di appalto di una impresa per mancata autenticazione della firma posta sulla polizza fidejussoria, ritenendo tale adempimento, da un lato, di natura essenziale, per diretta derivazione dalla legge a tutela dell'interesse specifico della stazione appaltante, per altro verso, obbligato per la tutela dell'interesse anche degli altri soggetti partecipanti alla gara. In concreto, la presenza di un doppio interesse, per un verso posto a garanzia della stazione appaltante in relazione all'esatta individuazione del soggetto che garantisce, e per altro verso, riguardante la correttezza dell'intero procedimento di aggiudicazione, sotto forma del rispetto della par condicio, rende del tutto legittima una tale clausola.

Ritiene il Collegio di non doversi discostare da un tale orientamento, nonostante che in giurisprudenza si riscontrino opinioni discordi, atteso che evidenzia le ragioni fondanti della scelta

in sede di predisposizione della disciplina di gara. Ciò ovviamente non esclude, in fatto, la possibilità che la stazione appaltante decida di non imporre un tale onere ai partecipanti, come spesso accade e come evidenziano le ricorrenti. Tuttavia, e questo rileva nel giudizio, una volta che il citato onere viene richiesto, non può ritenersi un mero aggravamento procedimentale, rispondendo comunque a logiche ordinarie, trasfuse anche in norme di legge.

Superata la questione attinente il bando, possono essere affrontate con maggiore agevolezza le censure rivolte contro il provvedimento di esclusione in sé. Con il primo motivo di diritto, viene dedotta violazione del principio per cui l'esclusione da una gara può avvenire solo se espressamente prevista. Nel caso in specie, la clausola di bando non avrebbe disposto tale sanzione procedimentale, e quindi il provvedimento gravato sarebbe per tale via illegittimo.

La censura non ha pregio.

Hanno certamente buon gioco le parti ricorrenti nel far rilevare come la disciplina di gara non prevedeva una espressa disposizione di esclusione per la mancata presentazione di una domanda non conforme a quanto richiesto. In questo senso, e sempre secondo le ricorrenti, trattandosi di mero adempimento formale, non vi sarebbe stato spazio per un intervento così incisivo come l'esclusione dalla partecipazione.

Occorre però rilevare che, in materia di aggiudicazione dei contratti della pubblica amministrazione, la giurisprudenza ritiene si possano giustificare esclusioni non fondate su clausole espresse di bando ed attinenti le modalità di presentazione dell'offerta solo quando si tratta di prescrizioni rispondenti ad un interesse dell'amministrazione appaltante e poste a garanzia della par condicio dei concorrenti (da ultimo, Consiglio di Stato V, 31 ottobre 2001, n. 5690). Ciò significa che il principio invocato dalla ricorrente va applicato tenendo presente che la clausola di automatica esclusione travalica i limiti formalistici della mera previsione espressa (tant'è che, anche se prevista, ben potrebbe essere ritenuta inutile o vessatoria), dovendosi invece fondare su una valutazione concreta degli interessi posti alla base della disciplina.

In tal senso, non può allora che farsi rinvio a quanto evidenziato nell'esame dell'ultimo motivo di ricorso, e ricordare come la clausola in esame si giustifichi proprio in relazione ad interessi prevalenti, posti a tutela sia della stazione appaltante che degli altri partecipanti.

La richiesta di presentazione di una polizza con firma autenticata non ha quindi valore formale, ma sostanziale, ed è quindi legittima la sanzione di esclusione adottata dalla stazione appaltante.

Con il secondo ed il terzo motivo di diritto, che possono essere esaminati congiuntamente per l'intrinseca connessione, le ricorrenti si dolgono per il mancato esercizio del potere di richiedere la regolarizzazione della documentazione, censura che viene osservata sia sotto il profilo della violazione dei principi in tema di documentazione; violazione dell'art. 6 della legge sul procedimento e dell'art. 21 della legge 406 del 1991; sia sotto il profilo del difetto di motivazione e dell'eccesso di potere.

La doglianza non ha fondamento.

Appare oramai assodato che nel settore dell'affidamento degli appalti pubblici debba trovarsi un punto di equilibrio tra le opposte esigenze del rispetto della par condicio dei partecipanti, che impone di allontanare dalla gara i soggetti non diligenti nello svolgimento delle incombenze partecipative, e quello della massima partecipazione alla procedura, che consente margini ulteriori per il completamento delle stesse incombenze. Il modo di composizione è oramai individuato dalla giurisprudenza consolidata, nel senso che il principio del favor participationis sia invocabile solo in presenza di regole dubbie, mentre, al contrario, l'inosservanza di specifiche e chiare clausole del bando deve comportare l'esclusione dei concorrenti (ex multis, Consiglio di Stato V, 13 gennaio 2005, n. 8229; id., 29 agosto 2001, n. 4572).

Nel caso in specie, non è possibile sindacare la chiarezza della clausola, che espressamente indicava l'oggetto e le modalità della sua applicazione, rendendo quindi impossibile l'applicazione del residuale criterio della maggior partecipazione.

Il ricorso va allora respinto. Le spese processuali vanno poste a carico delle parti soccombenti e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, ottava sezione di Napoli, definitivamente pronunciando, disattesa e respinta ogni diversa istanza, domanda, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. Respinge il ricorso n. 11948/2001;

2. Condanna *** s.r.l. e *** di *** Carmine s.a.s., in solido tra loro, a rifondere al Comune di Afragola le spese del presente giudizio, che liquida in complessivi € 1.500,00 (euro millecinquecento) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 12 marzo 2007.

Evasio Speranza Presidente

Diego Sabatino Estensore

Tribunale amministrativo regionale per la Campania – Ottava sezione di Napoli

2001 11948 Sentenza VIII, pag.