

Legittima esclusione per fideiussione bancaria contenente una clausola in forza della quale “insorgendo contestazioni tra le parti, la banca non pagherà se non in base a sentenza passata in giudicato”

L' omissione della dizione “a semplice richiesta” (il rischio di eventuali contestazioni ricade sul garante) vizia irrimediabilmente la fideiussione rendendola inidonea a svolgere la sua funzione.

Sintesi di Tar Sicilia, Seconda Sezione di Palermo, sentenza n. 1109 dell' 11 luglio 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori/appalti di servizi – fideiussione provvisoria - clausola di pagamento a semplice richiesta scritta – legittima esclusione se “ la banca non pagherà se non in base a sentenza passata in giudicato” – non suscettibile di regolarizzazione successiva - la semplice omissione della dizione “a semplice richiesta” vizia irrimediabilmente la fideiussione rendendola inidonea a svolgere la sua funzione.

Tutte le modalità di prestazione della garanzia diverse dalla cauzione devono avere di quest'ultima la stessa efficacia - la stessa immediata realizzabilità della garanzia costituita dal deposito cauzionale.

Intermediario finanziario iscritto all'art. 107 D.lgs. 1.9.1993 n. 385 – legittimato ad emettere fideiussioni solo se in possesso di regolare autorizzazione specifica

Esito del giudizio:

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso principale in epigrafe, accoglie parzialmente il ricorso incidentale, annulla i provvedimenti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione

Conseguenze operative:

La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la semplice omissione della dizione “a semplice richiesta” vizia irrimediabilmente la fideiussione rendendola inidonea a svolgere la sua funzione.

Tale rigore non è ingiustificato. Invero la fideiussione bancaria ovvero assicurativa consente all'impresa di sostituire la cauzione in numerario, evitando di dovere immobilizzare per un cospicuo lasso di tempo una somma di denaro che può essere proficuamente utilizzata in altri impieghi. D'altra parte la p.a. non può vedere diminuita la garanzia ad libitum dell'impresa che scelga di avvalersi di un mezzo di garanzia ovvero di un altro. In sostanza tutte le modalità di prestazione della garanzia diverse dalla cauzione devono avere di quest'ultima la stessa efficacia. Ma se così è, allora la presenza della cd clausola “a prima richiesta “ appare indispensabile per garantire alla stazione appaltante la stessa immediata realizzabilità della garanzia costituita dal deposito cauzionale.

La finalità della fideiussione “a prima richiesta” è proprio quella di trasferire sul garante i litigation risks, consentendo al garantito l'immediata realizzabilità della garanzia. **Pertanto, nella fideiussione a prima richiesta il rischio di eventuali contestazioni ricade sul garante** che dovrà pagare a prima

richiesta, potendo opporre alla richiesta del creditore garantito soltanto l'estremo rimedio costituito dall'exceptio doli, per poi rivalersi eventualmente sul debitore

Riservarsi, come fa la banca nel caso che occupa, di pagare al momento del passaggio in giudicato della sentenza, potendo quest'ultima evenienza intervenire parecchi anni dopo, vanifica la portata della fideiussione, posto che appare sufficiente una contestazione qualsiasi, anche la più pretestuosa purchè azionata per via giudiziaria, per inibire il pagamento della garanzia alla stazione appaltante.

Va infine rilevato che la presenza di una clausola di tal genere, eliminando del tutto per il garante il rischio giudiziale, verosimilmente può avere consentito all'impresa di ottenere condizioni migliori che inevitabilmente si riverberano sulla par condicio.

Infine la clausola censurata consente l'elusione del termine di quindici giorni per l'operatività della garanzia.

Inoltre.....

Infine, per quanto riguarda l'impresa **** deve ritenersi fondata la doglianza in ordine all'illegittima ammissione della stessa alla gara per avere prodotto una cauzione provvisoria rilasciata da intermediario finanziario sprovvisto di autorizzazione ai sensi dell'art. 107 D.lgs. 1.9.1993 n. 385.

A tal riguardo, da un lato l'art. 24 l.r. 7/02 impone che la cauzione provvisoria sia rilasciata da istituto bancario, mentre dall'altro lato appare irregolare la cauzione rilasciata da intermediario finanziario sprovvisto della relativa autorizzazione ai sensi dell'art. 107 D.lgs. 1.9.1993 n. 385. (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, ord. 23.10.2002 n. 1309).

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
SENTENZA

sul ricorso n.1663 /2003 R.G., sezione II, proposto dalla Impresa Costruzione ** s.a.s. di **** Vincenzo, in persona del legale rappresentante sig. **** Vincenzo, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, elettivamente domiciliato presso lo studio degli stessi in Palermo via Libertà n. 171

CONTRO

Il Comune di S Giovanni Gemini in persona del Sindaco pro - tempore non costituitosi in giudizio

E NEI CONFRONTI

dell'Impresa **** Luigi s.r.l. in persona del legale rappresentante **** Simone rappresentato e difeso dall'Avv. Girolamo Rubino ed elettivamente domiciliato presso il di lui studio in Palermo, via Oberdan n. 5

PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di riapertura della gara del 19 febbraio 2003 originariamente aggiudicata alla ricorrente, relativo all'appalto dei "lavori di realizzazione di infrastrutture di urbanizzazione primaria nelle aree destinate ad attività artigianale e commerciale del P.R. del Comune di San Giovanni Gemini comparto

nord e comparto sud”, nella parte in cui il seggio di gara ha aggiudicato l'appalto all'impresa **** Luigi costruzioni s.r.l. a seguito della media determinata dalla ammissione dell'impresa **** Antonio Enzo;

- del verbale di gara 27 - 28 gennaio 2003 nella parte in cui è stata ammessa l'impresa ****;

- della nota del 26.2.2003 prot. n. 2082 con la quale il Comune di S. Giovanni Gemini ha respinto il reclamo dell'impresa ricorrente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e ricorso incidentale della controinteressata impresa **** Luigi costruzioni s.r.l. con i relativi documenti;

Vista la memoria di replica ed i motivi aggiunti al ricorso proposti dalla ricorrente;

Visto l'atto di rinuncia ad un motivo di ricorso incidentale depositato dalla controinteressata ricorrente incidentale;

Vista l'ordinanza cautelare n. 96/03 emessa alla camera di consiglio del 9.5.2003 che ha fissato l'udienza di discussione del merito;

Designato relatore il referendario Luca MORBELLI;

Uditi all'udienza del 13 giugno 2003 l'Avv. G. Immordino per la ricorrente e l'Avv. G. Rubino per la controinteressata ricorrente incidentale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

Con ricorso notificato in data 12 marzo 2003 e depositato il successivo 24 marzo la Impresa Costruzione S. Giuseppe s.a.s. di **** Vincenzo impugnava i provvedimenti in epigrafe indicati.

La ricorrente ha partecipato al pubblico incanto, bandito dal Comune di S. Giovanni Gemini, per l'esecuzione dei lavori di realizzazione di infrastrutture di urbanizzazione primaria nelle aree destinate ad attività artigianale e commerciale del P.R. del Comune di San Giovanni Gemini comparto nord e comparto sud, il cui bando è stato pubblicato sulla G.U.R.S. n. 29 del 6 dicembre 2002.

All'esito della gara, tenuta i giorni 27 – 28 gennaio 2002, l'appalto veniva aggiudicato alla ricorrente. Successivamente, tuttavia, il Comune di S. Giovanni Gemini, con verbale in data 19 febbraio 2003, riapriva la gara ed aggiudicava la gara alla controinteressata.

Il ricorso censura l'ammissione alla gara di una impresa terza, l'impresa **** Antonio Enzo, deducendo con un unico articolato motivo violazione dell'art. 30 comma 2 – bis l. 109/94 nonché dell'art. 10 lett.c) del bando di gara in quanto l'impresa ****, in luogo di produrre una garanzia a prima richiesta, produce fideiussione bancaria contenente una clausola in forza della quale “insorgendo contestazioni tra le parti, la banca non pagherà se non in base a sentenza passata in giudicato”. Tale illegittimità non sarebbe suscettibile di regolarizzazione e pertanto avrebbe dovuto condurre all'esclusione dell'impresa **** e, per effetto di una nuova determinazione della soglia di anomalia, all'aggiudicazione alla ricorrente.

Per resistere al ricorso in data 25 marzo 2003 si costituiva in giudizio la controinteressata impresa **** Luigi Costruzioni s.r.l., la quale, inoltre, spiegava ricorso incidentale, notificato il 4 aprile 2003 e

depositato il successivo 7 aprile, con cui deduceva l'illegittima ammissione della ricorrente principale alla gara nonché l'illegittima esclusione di una serie di imprese terze, la cui riammissione alla gara avrebbe condotto all'aggiudicazione a favore della stessa controinteressata a prescindere dalla fondatezza del ricorso principale.

Con memoria di replica, notificata in data 18 aprile 2003 e depositata il successivo 24 marzo, la ricorrente principale formulava ricorso per motivi aggiunti;

La controinteressata depositava a sua volta, in data 8 maggio 2003, memoria di replica con cui eccepeva l'intempestività, l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi aggiunti. La stessa con atto notificato in data 7 maggio 2003 e depositato il successivo 9 maggio rinunciava al primo motivo di ricorso incidentale.

Alla camera di consiglio del 9 maggio 2003 il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia con ordinanza n.96/03, rilevato come, sia il ricorso principale che il ricorso incidentale apparissero assistiti da sufficiente fumus boni iuris, non sospendeva la efficacia dei provvedimenti impugnati e fissava l'udienza del 13 giugno 2003 per la discussione del merito.

All'udienza del 13 giugno 2003, presenti i difensori delle parti, il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Deve essere esaminato preliminarmente il ricorso principale. Invero la controinteressata ha formalmente rinunciato al primo motivo di ricorso incidentale con il quale si censurava l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale. Pertanto, per effetto della rinuncia al motivo di ricorso incidentale che ne avrebbe imposto un esame preliminare rispetto a quello principale, è quest'ultimo deve essere esaminato per primo.

Il ricorso principale è fondato.

L'art. 30 l.109/94, ripreso testualmente, sul punto, dall'art. 24 l.r. 7/02, impone che la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa preveda "la sua operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante".

A tal riguardo la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che la semplice omissione della dizione "a semplice richiesta" vizia irrimediabilmente la fideiussione rendendola inidonea a svolgere la sua funzione.

Tale rigore non è ingiustificato. Invero la fideiussione bancaria ovvero assicurativa consente all'impresa di sostituire la cauzione in numerario, evitando di dovere immobilizzare per un cospicuo lasso di tempo una somma di denaro che può essere proficuamente utilizzata in altri impieghi. D'altra parte la p.a. non può vedere diminuita la garanzia ad libitum dell'impresa che scelga di avvalersi di un mezzo di garanzia ovvero di un altro. In sostanza tutte le modalità di prestazione della garanzia diverse dalla cauzione devono avere di quest'ultima la stessa efficacia. Ma se così è, allora la presenza della cd clausola "a prima richiesta" appare indispensabile per garantire alla stazione appaltante la stessa immediata realizzabilità della garanzia costituita dal deposito cauzionale.

In conclusione, se la fideiussione deve sostituire il deposito cauzionale, allora deve presentare la clausola "a prima richiesta".

La difesa della controinteressata sostiene che, nel caso di specie si tratti di clausola a prima richiesta in quanto la banca garante pagherà nella normalità dei casi riservandosi di non pagare alla stazione

appaltante l'importo della fideiussione solo laddove insorgano contestazioni. L'assunto è infondato, invero la finalità della fideiussione "a prima richiesta" è proprio quella di trasferire sul garante i litigation risks, consentendo al garantito l'immediata realizzabilità della garanzia. Pertanto, nella fideiussione a prima richiesta il rischio di eventuali contestazioni ricade sul garante che dovrà pagare a prima richiesta, potendo opporre alla richiesta del creditore garantito soltanto l'estremo rimedio costituito dall'exceptio doli, per poi rivalersi eventualmente sul debitore.

Riservarsi, come fa la banca nel caso che occupa, di pagare al momento del passaggio in giudicato della sentenza, potendo quest'ultima evenienza intervenire parecchi anni dopo, vanifica la portata della fideiussione, posto che appare sufficiente una contestazione qualsiasi, anche la più pretestuosa purchè azionata per via giudiziaria, per inibire il pagamento della garanzia alla stazione appaltante.

Va infine rilevato che la presenza di una clausola di tal genere, eliminando del tutto per il garante il rischio giudiziale, verosimilmente può avere consentito all'impresa di ottenere condizioni migliori che inevitabilmente si riverberano sulla par condicio.

Infine la clausola censurata consente l'elusione del termine di quindici giorni per l'operatività della garanzia.

Da quanto esposto la fondatezza del ricorso principale.

Deve essere a questo punto esaminato il ricorso incidentale relativamente alle doglianze non oggetto di rinuncia da parte della stessa controinteressata.

A tal riguardo il Collegio ritiene di conformarsi alla propria giurisprudenza cautelare, espressa a seguito dell'ordinanza cautelare n. 55/02, secondo la quale i particolari requisiti soggettivi previsti per il rilascio della fideiussione in funzione di cauzione provvisoria non si estendono né alla cauzione definitiva né all'impegno al rilascio della stessa da parte del fideiussore. In sostanza la circostanza che la legge regionale n. 7/02 abbia imposto il rilascio della fideiussione provvisoria esclusivamente da parte di istituto bancario non impone necessariamente che l'impegno al rilascio della cauzione definitiva debba essere rilasciato, come viceversa ritenuto dal seggio di gara, parimenti da un istituto bancario.

L'ipotetica ammissione delle imprese terze, tuttavia, è a sua volta contestata dalla ricorrente principale che spiega avverso la stessa motivi aggiunti, tesi ad evidenziare comunque la sostanziale legittimità della loro esclusione.

In primo luogo deve essere esaminata l'eccezione di tardività dei predetti motivi aggiunti sollevata dalla controinteressata.

L'eccezione è infondata. Invero è sufficiente rilevare come i motivi aggiunti siano stati notificati nel termine di decadenza del ricorso e depositati nel rispetto del termine dimidiato di cui all'art. 23 – bis l. 1034/1971. I motivi dedotti dalla ricorrente e qualificati come aggiunti in realtà devono essere ricondotti alla nozione ed al concetto di motivi nuovi. Si tratta in altre parole di motivi che la ricorrente, pur non deducendoli con il ricorso originario, tuttavia, deduce nel termine di decadenza. A tal riguardo la giurisprudenza ha avuto modo di precisare la legittimità della proposizione di motivi nuovi, purchè nel rispetto del termine decadenziale originario: "In via più generale, e con precipua attenzione agli altri aspetti da trattarsi di seguito, non può non tenersi conto delle novità introdotte dall'art. 1 comma 1 della L. 21 luglio 2000 n. 205 nella tematica dei motivi aggiunti, tradizionalmente differenziati dai motivi nuovi in quanto relativi a doglianze nuove dedotte a seguito dell'acquisizione di ulteriori conoscenze, a differenza dei secondi, che sono relativi a doglianze dedotte sulla base delle conoscenze originarie (i

motivi aggiunti, infatti, sono azionabili in un termine di decadenza successivo a quello proprio del ricorso originario, mentre i motivi nuovi costituiscono semplicemente un'ulteriore manifestazione del potere di ricorso originario e sono, quindi, deducibili solo entro il termine decadenziale originario". (C.S., sez. V, 6 luglio 2002 n. 3717, C.G.A.R.S. 4 novembre 1995 n. 343).

Devono essere esaminate le ulteriori censure formulate dalla ricorrente principale. Esse appaiono parzialmente fondate.

Per quanto attiene all'impresa **** appare fondata la censura relativa alla mancata produzione dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva. Invero, a tal riguardo, pur dovendosi escludere che l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva debba avere gli stessi requisiti di completezza propri di una fideiussione, trattandosi di un impegno preliminare, nondimeno insufficiente deve ritenersi il documento prodotto dall'impresa il quale, privo com'è di qualsivoglia riferimento ai lavori ai quali dovrebbe riferirsi la garanzia, nonché all'importo della garanzia stessa, non pare integrare neppure i minori requisiti formali e sostanziali necessari per l'impegno del fideiussore. In effetti l'impegno della **** appare del tutto generico e pertanto inidoneo a fondare un qualsivoglia vincolo del fideiussore.

A diversa conclusione deve giungersi, invece, con riguardo all'impresa **** Costruzioni, la quale produce un documento di impegno il quale riporta comunque l'indicazione della gara ed il riferimento all'importo sia pure attraverso il richiamo agli articoli di legge che disciplinano l'impegno del fideiussore e l'ammontare della cauzione definitiva. Deve, pertanto, ritenersi la sufficienza dell'impegno prodotto da tale impresa. A tal riguardo, come poco sopra evidenziato, l'impegno del fideiussore, inevitabilmente, può essere più generico e meno preciso del contratto di fideiussione.

Ed analogamente deve ritenersi per quanto riguarda l'impresa ****, l'impresa ****, l'impresa **** Costruzioni, l'impresa **** Vincenzo, l'impresa **** Vincenzo, l'impresa **** Costruzioni. Tutte le succitate imprese hanno prodotto impegni dei fideiussori i quali, tenuto conto dei minori requisiti di completezza e precisione richiesti per tale categoria di atti, appaiono sufficienti a soddisfare le esigenze postulate dalla legge. Va, infatti, rilevato come le predette imprese, in aggiunta alla fideiussione provvisoria rilasciata da istituto bancario, abbiano talora sottoscritto con le imprese di assicurazione vere e proprie polizze al solo fine di potere conseguire e documentare l'impegno al rilascio della cauzione definitiva, si pensi alle imprese ****, **** e ****. Deve escludersi, infatti, che l'importo garantito, palesemente inferiore, come rilevato dalla ricorrente principale, si riferisca alla cauzione definitiva, valendo al riguardo l'impegno al rilascio contenuto nelle appendici delle polizze.

Infine, per quanto riguarda l'impresa **** deve ritenersi fondata la doglianza in ordine all'illegittima ammissione della stessa alla gara per avere prodotto una cauzione provvisoria rilasciata da intermediario finanziario sprovvisto di autorizzazione ai sensi dell'art. 107 D.lgs. 1.9.1993 n. 385.

A tal riguardo, da un lato l'art. 24 l.r. 7/02 impone che la cauzione provvisoria sia rilasciata da istituto bancario, mentre dall'altro lato appare irregolare la cauzione rilasciata da intermediario finanziario sprovvisto della relativa autorizzazione ai sensi dell'art. 107 D.lgs. 1.9.1993 n. 385. (TAR Sicilia, Palermo, sez. II, ord. 23.10.2002 n. 1309).

Deve pertanto ritenersi fondato il ricorso principale e parzialmente anche il ricorso incidentale.

Alla luce delle suesposte considerazioni, tenuto conto della parziale fondatezza del ricorso incidentale e della circostanza che, sia il ricorso principale che il ricorso incidentale, censurano l'operato dell'amministrazione con riferimento all'ammissione di imprese terze, l'accoglimento di entrambi i ricorsi importa l'annullamento degli atti fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, e ciò

al fine di salvaguardare l'interesse che la ricorrente incidentale ha alla rinnovazione degli atti di gara, conformemente alla censure accolte con il ricorso incidentale stesso.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso principale in epigrafe, accoglie parzialmente il ricorso incidentale, annulla i provvedimenti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Spese compensate.-----

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.-----

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 13 giugno 2003
Depositata in Segreteria addì 11.7.03