

E' legittimo (o dovuto) l'atto di esclusione di un'impresa la cui cauzione provvisoria non preveda il pagamento da parte del fideiussore a "semplice richiesta scritta"? e' corretto affermare che una tale clausola "avvicina" la fideiussione all'immediata disponibilit  dell'importo della cauzione?

Poich    assolutamente consolidato nella giurisprudenza della suprema Corte di Cassazione l'orientamento, secondo il quale l'inserimento in un contratto di assicurazione fideiussoria di una clausola "a semplice richiesta" o "senza eccezioni" vale di per s  a trasformare tale negozio in un contratto autonomo di garanzia , in quanto si tratta di una previsione, la quale, nel precludere al garante l'opponibilit  al beneficiario delle eccezioni spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c.,   incompatibile con il principio di accessoriet , che caratterizza la fideiussione :ne deriva che la clausola che impone al fideiussore il pagamento a semplice richiesta scritta, laddove richiesta da specifica disposizione normativa o dalla lex specialis   essenziale e non   surrogabile con previsioni di contenuto diverso, quali quelle aventi ad oggetto la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 3221 del 28 novembre 2007 emessa dal Tar Sicilia, Palermo ove oggetto del gravame   il provvedimento, con il quale la stazione appaltante non ha ritenuto idonea la fideiussione prodotta dalla ditta ricorrente, in quanto la stessa non conteneva la clausola "a semplice richiesta" espressamente prevista, a pena di esclusione, dal bando di gara.

< Con i due motivi di ricorso, che, per la loro connessione possono essere esaminati congiuntamente, si deduce la illogicit  della lex specialis e della motivazione del provvedimento di esclusione, nella parte in cui ritengono essenziale la clausola in questione.>

come gi  in altre occasioni, il Tar siciliano ribadisce sia la legittimit  della richiesta di pagamento a semplice richiesta scritta che la relativa esclusione in caso di polizza cauzioni che non contenga una tale clausola

< In questo senso si   orientata questa sezione, la quale, con riferimento ad analoghe vicende, ha avuto modo di chiarire che la ratio della previsione in questione sia da individuare nella circostanza che la fideiussione rappresenta una garanzia alternativa rispetto alla cauzione in numerario prevista al fine di evitare la immobilizzazione da parte delle imprese di somme di denaro particolarmente consistenti. Ne deriva la necessit  che la stazione appaltante non subisca diminuzioni della intensit  della garanzia prestata in dipendenza della modalit  prescelta dalla impresa (fideiussione al posto della cauzione) e la conseguente essenzialit  della clausola "a prima richiesta", la quale ha la funzione di assicurare la immediata realizzabilit  della fideiussione>

in conclusione quindi:

< Nella fattispecie in esame la ditta ricorrente ha presentato una fideiussione, la quale, pur prevedendo il pagamento dell'importo dovuto entro 15 giorni dalla richiesta e la rinuncia al beneficio della preventiva escussione, non conteneva la clausola "a semplice richiesta".

Tale garanzia non essendo conforme ad una specifica previsione della lex specialis assistita da comminatoria di esclusione, la quale non   censurabile, per le motivazioni suindicate, sotto il profilo della logicit , era da ritenersi inidonea, con la conseguenza che la stazione appaltante non poteva che escludere l'impresa dalla gara.>

si legga anche TAR Lazio Roma, II, 27 marzo 2002, n. 3981:

< Rileva, al riguardo, il Collegio che la formulazione della clausola contenente la locuzione “*a semplice richiesta scritta*” della stazione appaltante, è prescritta espressamente dall’art.30, comma 2-*bis* della legge 11 febbraio 1994, n.109 (c.d. Merloni-*ter*) -introdotto dall’art.9, comma 55 della legge 18 novembre 1998, n. 415- nonchè dalla lettera d’invito alla licitazione privata (punto 8, comma 6, pag.5).

La circostanza che detta espressione sia tassativamente richiesta dalla normativa di riferimento e dalla *lex specialis* della gara, comporta che la clausola, nell’indicata formulazione, costituisce elemento indefettibile ed assume, a garanzia della regolarità della procedura concorsuale e della *par condicio* dei concorrenti, valore sostanziale ed essenziale, con la conseguenza che non possono ritenersi ammissibili formule equipollenti e che la sua omissione si traduce in una mancanza non suscettibile di regolarizzazione, bensì passibile di esclusione dal novero dei partecipanti.

Osserva, d’altra parte, il Collegio che il richiamo nella polizza fideiussoria dell’art.4 delle condizioni generali di contratto non vale, comunque, a costituire l’equipollente della clausola pretermessa o inesattamente formulata, giacchè, come testualmente riferito dalla stessa ricorrente (cfr. atto introduttivo, pag.4), nella cauzione la Società garante si impegnava al pagamento delle somme dovute “*entro il termine massimo di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta dell’Ente Garantito*”, oltrechè alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione della ditta obbligata.

Deve, dunque, ritenersi che la menzionata prescrizione della disciplina concorsuale integri gli estremi di un vero e proprio **contratto autonomo di garanzia**, altrimenti definito **garanzia a prima domanda**, la cui caratteristica fondamentale, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione, va rinvenuta nella carenza dell’elemento dell’accessorietà, nel senso

che il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni nè in ordine alla validità nè all'efficacia del rapporto di base. Pertanto, detti elementi, che caratterizzano il contratto autonomo di garanzia e lo differenziano dalla fideiussione, devono necessariamente essere esplicitati nel contratto con l'impiego di specifiche clausole, quali quella "a semplice richiesta" o quella "a prima domanda" o altre analoghe, idonee ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 23 giugno 2000, n.8540).>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 3321 del 28 novembre 2007 emessa dal Tar Sicilia, Palermo

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Seconda, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A
N. 3221/07 Reg. Sent.
N. 6468 Reg. Gen.

N. 6750 Reg. Gen.

ANNO 2003

sui seguenti ricorsi riuniti:

- ricorso R.G. N. 6468/2003, proposto da "INDUSTRIA GRAFICA T. ALFA " s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta procura a margine del ricorso, dall'avv. Benedetto Aldo Timineri, elettivamente domiciliato in Palermo, via XX Settembre, n. 29 presso lo studio D'Asaro;

C O N T R O

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta determinazione dirigenziale n. 467 del 26 ottobre 2007 e per procura in calce alla copia notificata del

ricorso, dall'avv. Anna Maria Impinna, elettivamente domiciliato in Palermo, piazza Marina, n. 39 presso l'avvocatura comunale;

PER L'ANNULLAMENTO

del bando e del capitolato speciale, relativi alla gara del 12 novembre 2003, per l'aggiudicazione dei servizi tipografici di composizione, stampa e distribuzione locandine, manifesti, inviti, opuscoli e pubblicazioni (importo a base d'asta: € 600.000,00), limitatamente alla richiesta di requisiti di cui all'art. 4, lettere a) e d) del capitolato;

- ricorso R.G. N. 6750/2003, proposto da "INDUSTRIA GRAFICA T. ALFA" s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta procura a margine del ricorso, dall'avv. Benedetto Aldo Timineri, elettivamente domiciliato in Palermo, via XX Settembre, n. 29 presso lo studio D'Asaro;

C O N T R O

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta determinazione dirigenziale n. 467 del 26 ottobre 2007 e per procura in calce alla copia notificata del ricorso, dall'avv. Anna Maria Impinna, elettivamente domiciliato in Palermo, piazza Marina, n. 39 presso l'avvocatura comunale;

E NEI CONFRONTI DI

"BETA" s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso, giusta procura a margine della memoria di costituzione, dall'avv. Santi Magazzù e dall'avv. Gianluigi Mangione, presso il cui studio in Palermo, via Mario Rutelli, n. 38, è elettivamente domiciliato;

PER L'ANNULLAMENTO

del verbale di gara del 12 novembre 2003, limitatamente alla parte in cui la "Industria Grafica T. ALFA" s.r.l. è stata esclusa, poiché la fideiussione assicurativa prodotta dalla stessa non riportava la clausola "a semplice" richiesta scritta ed alla conseguente aggiudicazione dell'appalto all'impresa "BETA" s.p.a. di Palermo;

del bando di gara del 22 settembre 2003, limitatamente alla parte in cui, alla lettera h), paragrafo 2, prevede che la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa debbano essere operative "entro 15 giorni a semplice richiesta della stazione appaltante".

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie dell'Amministrazione intimata;

Visti l'atto di costituzione in giudizio, il ricorso incidentale e le memorie della controinteressata;

Viste le ordinanze collegiali n. 42 e 44 del 19 gennaio 2004;

Vista la memoria della ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il primo referendario Aurora Lento;

Uditi alla udienza pubblica del 13 novembre 2007 l'avv. Benedetto Aldo Timineri per la ricorrente, l'avv. Anna Maria Impinna per l'Amministrazione resistente e l'avv. Gianluigi Mangione per la controinteressata;

Ritenuto e considerato:

FATTO

Con ricorso R.G. N. 6468/2003, notificato il 20 novembre 2003 e depositato il giorno 26 successivo, la ditta indicata in epigrafe esponeva che il Comune di Palermo, con bando del 12 settembre 2003, pubblicato sulla GURS n. 38 del 19 settembre 2003, aveva indetto un'asta pubblica per l'aggiudicazione dei "servizi tipografici di composizione, stampa e distribuzione locandine, manifesti, inviti, opuscoli e pubblicazioni", relativamente ad un periodo pari ad un triennio, per un importo a base d'asta di € 600.000,00.

La ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui, all'art. 4, richiede che i partecipanti alla gara, prima della stipula del contratto e pena la mancata aggiudicazione, debbano dimostrare il possesso dei seguenti requisiti: a) "avere sede e stabilimento di produzione nel comune di Palermo o che nello stesso territorio dispongono di una unità produttiva decentrata dotata di macchinari ed attrezzature sufficienti alla realizzazione almeno degli stampati (locandine, poster, cartoncini di invito, pieghevoli ecc.), per i quali sono previsti tempi di consegna più brevi"; b) "che il sistema di qualità aziendale abbia ottenuto la certificazione di rispondenza alle norme UNIEN ISO 9.000 da ente certificatore accreditato presso il SINCERT".

Il gravame è stato affidato ai seguenti motivi.

Eccesso di potere per manifesta ingiustizia. Violazione del principio della par condicio dei concorrenti. Eccesso di potere e violazione dei principi, che regolano la preselezione e la qualificazione delle aziende.

Con ricorso R.G. N. 6750/2003, notificato il 28 novembre 2003 e depositato il 9 dicembre successivo, la ditta indicata in epigrafe, premesso di avere presentato domanda di partecipazione alla gara indetta dal Comune di Palermo con il bando oggetto del ricorso R.G. N. 6468/2003, ha impugnato il verbale di gara del 12 novembre 2003, limitatamente alla parte in cui è stata esclusa, poiché la fideiussione assicurativa dalla stessa prodotta non riportava la clausola "a semplice" richiesta scritta, nonché alla parte, in cui l'appalto è stato aggiudicato all'impresa "BETA" s.p.a. di Palermo.

Ha impugnato, altresì, il bando di gara del 22 settembre 2003, limitatamente alla parte in cui prevedeva che la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa prodotte dalle partecipanti dovevano essere operative "entro 15 giorni a semplice richiesta della stazione appaltante".

La ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, dei provvedimenti impugnati, per i seguenti motivi:

Erronea ed ultronea applicazione dell'art. 30, comma 2 bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche.

Eccesso di potere per manifesta illogicità e per violazione del principio della par condicio. Sia il bando di gara, che il provvedimento di esclusione sarebbero illogici, nella parte in cui ritenevano essenziale l'apposizione della clausola "a semplice richiesta" alla fideiussione prodotta dalle partecipanti a garanzia della offerta.

Il Comune di Palermo si è costituito in giudizio ed, eccepita preliminarmente la inammissibilità del ricorso R.G. N. 6750/2003 per mancata tempestiva impugnazione della norma della lex specialis relativa alla polizza fideiussoria, ha chiesto il rigetto del gravame in questione, nonché di quello R.G. N. 6468/2003, allo stesso connesso oggettivamente e soggettivamente, in quanto infondati, vinte le spese.

Anche la controinteressata si è costituita nel giudizio relativo al ricorso R.G. N. 6750/2003 e, formulata la stessa eccezione preliminare dell'Amministrazione resistente, ne ha chiesto il rigetto, in quanto infondato.

Ha proposto, altresì, ricorso incidentale, con il quale ha dedotto che la polizza assicurativa presentata dalla ricorrente principale violava l'art. 10, lettera h), paragrafo 4, del bando di gara, nella parte in cui non conteneva espressa menzione del fatto che la compagnia assicurativa era autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni.

La ricorrente ha depositato una memoria, con la quale ha replicato alle deduzioni avversarie ed ha dedotto motivi aggiunti riferiti al ricorso incidentale.

Sia l'Amministrazione resistente che la controinteressata hanno presentato memorie, con le quali hanno insistito nelle domande proposte in precedenza.

Con le ordinanze n. 42 e n. e 44 del 19 gennaio 2004 le istanze cautelari sono state rigettate.

In vista della udienza la ricorrente ha depositato una memoria, con la quale ha insistito nelle proprie domande.

Alla pubblica udienza del 13 novembre 2007, su conforme richiesta dei difensori delle parti, il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. La controversia concerne l'asta pubblica gara indetta dal Comune di Palermo per l'aggiudicazione dei "servizi tipografici di composizione, stampa e distribuzione locandine, manifesti, inviti, opuscoli e pubblicazioni" (importo a base d'asta: € 600.000,00).

La ditta ricorrente, con il ricorso R.G. N. 6468/2003, ha impugnato l'art 4, lettere a) e b), del capitolato speciale d'appalto, il quale richiedeva che i partecipanti alla gara, prima della stipula del contratto e pena la mancata aggiudicazione, dovessero dimostrare il possesso dei seguenti requisiti: a) "avere sede e stabilimento di produzione nel comune di Palermo o che nello stesso territorio dispongono di una unità produttiva decentrata dotata di macchinari ed attrezzature sufficienti alla realizzazione almeno degli stampati (locandine, poster, cartoncini di invito, pieghevoli ecc.), per i quali sono previsti tempi di consegna più brevi"; b) "che il sistema di qualità aziendale abbia ottenuto la certificazione di rispondenza alle norme UNIEN ISO 9.000 da ente certificatore accreditato presso il SINCERT".

Con il ricorso R.G. N. 6750/2003 ha, invece impugnato, il verbale del 12 novembre 2003, limitatamente alla parte in cui è stata esclusa dalla gara, poiché la fideiussione assicurativa dalla stessa prodotta non riportava la clausola "a semplice" richiesta scritta, nonché a quella in cui l'appalto è stato aggiudicato all'impresa "BETA" s.p.a. di Palermo

2. Preliminarmente va disposta la riunione dei ricorsi, stante la evidente connessione oggettiva e soggettiva.

3. Sempre in via preliminare, il ricorso R.G. N. 6468/2003 va dichiarato inammissibile per carenza di interesse, stante che, al momento della sua proposizione, avvenuta con notifica del 20 novembre 2003 e deposito del giorno 26 successivo, la ditta ricorrente, con provvedimento del 12 novembre 2003, era stata esclusa dalla gara in questione per ragioni diverse rispetto a quelle consistenti nel possesso dei requisiti di cui alla contestata clausola del capitolato speciale d'appalto.

4. Ciò premesso, deve procedersi all'esame del ricorso R.G. N. 6750/2003, il quale, indipendentemente dalla fondatezza delle eccezioni preliminari sollevate dalla Amministrazione resistente e dalla controinteressata, è infondato nel merito e va rigettato.

Oggetto del gravame è il provvedimento, con il quale la stazione appaltante non ha ritenuto idonea la fideiussione prodotta dalla ditta ricorrente, in quanto la stessa non conteneva la clausola "a semplice richiesta" espressamente prevista, a pena di esclusione, dal bando di gara.

Con i due motivi di ricorso, che, per la loro connessione possono essere esaminati congiuntamente, si deduce la illogicità della lex specialis e della motivazione del provvedimento di esclusione, nella parte in cui ritengono essenziale la clausola in questione.

Orbene, è assolutamente consolidato nella giurisprudenza della suprema Corte l'orientamento, secondo il quale l'inserimento in un contratto di assicurazione fideiussoria di una clausola "a semplice richiesta" o "senza eccezioni" vale di per sé a trasformare tale negozio in un contratto autonomo di garanzia (fra le tantissime Cassazione civile, III, 27 giugno 2007, n. 14853), in quanto si tratta di una previsione, la quale, nel precludere al garante l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c., è incompatibile con il principio di accessorialità, che caratterizza la fideiussione (tra le più recenti Cassazione civile, III, 14 febbraio 2007, n. 3257 e 9 novembre 2006, n. 23900).

Ne deriva che la clausola in questione, laddove richiesta da specifica disposizione normativa o dalla lex specialis è essenziale e non è surrogabile con previsioni di contenuto diverso, quali quelle aventi ad oggetto la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

In questo senso si è orientata questa sezione, la quale, con riferimento ad analoghe vicende, ha avuto modo di chiarire che la ratio della previsione in questione sia da individuare nella circostanza che la fideiussione rappresenta una garanzia alternativa rispetto alla cauzione in numerario prevista al fine di evitare la immobilizzazione da parte delle imprese di somme di denaro particolarmente consistenti. Ne deriva la necessità che la stazione appaltante non subisca diminuzioni della intensità della garanzia prestata in dipendenza della modalità prescelta dalla impresa (fideiussione al posto della cauzione) e la conseguente essenzialità della clausola "a prima richiesta", la quale ha la funzione di assicurare la immediata realizzabilità della fideiussione (vedi sentenze n. 1109 dell'11 luglio 2003 e n. 534 del 23 marzo 2001; nello stesso senso TAR Lazio Roma, II, 27 marzo 2002, n. 3981).

Nella fattispecie in esame la ditta ricorrente ha presentato una fideiussione, la quale, pur prevedendo il pagamento dell'importo dovuto entro 15 giorni dalla richiesta e la rinuncia al beneficio della preventiva escussione, non conteneva la clausola "a semplice richiesta".

Tale garanzia non essendo conforme ad una specifica previsione della lex specialis assistita da comminatoria di esclusione, la quale non è censurabile, per le motivazioni suindicate, sotto il profilo della logicità, era da ritenersi inidonea, con la conseguenza che la stazione appaltante non poteva che escludere l'impresa dalla gara.

Stante la infondatezza del ricorso principale, superfluo appare l'esame del ricorso incidentale.

Concludendo, in forza di quanto esposto, il ricorso R.G. N. 6468/2003 va dichiarato inammissibile per carenza di interesse, mentre quello R.G. N. 6750/2003 va respinto.

Si ravvisano, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Seconda, riuniti i ricorsi in epigrafe, dichiara inammissibile quello R.G. N. 6468/2003 e rigetta quello R.G. N. 6750/2003.----

Spese compensate. -----

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 13 novembre 2007, con l'intervento dei Signori Magistrati:

- NICOLO' MONTELEONE - Presidente
- COSIMO DI PAOLA - Consigliere
- AURORA LENTO - Primo Referendario, Estensore

_____ Presidente

_____ Estensore

_____, Segretario.

Depositata in Segreteria il 28/11/2007

Il Funzionario