



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 presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 20 del 2010, proposto da:
Comune di Matera, rappresentato e difeso dall'avv. Enrica Onorati, con domicilio
eletto presso Nino Longobardi in Roma, viale Mazzini, 134 Sc. B/27;

contro

Sisas Service Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n.
00770/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO
PUBBLICO DI GESTIONE DEI PARCHEGGI A PAGAMENTO.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il Cons. Antonio Bianchi e
nessuno comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazioni dirigenziali nn.544 e 576 del 2008, il Comune di Matera indiceva una gara per l'affidamento in gestione di aree ed immobili destinati a parcheggio.

Il bando, per quanto qui rileva, disponeva che i concorrenti dovessero prestare la cauzione provvisoria ex art. 75 D.Lgs. n. 163/2006 nella misura di euro 22.400,00 e secondo le modalità e con il contenuto precisati nel bando stesso.

La S.I.S.A.S Service s.r.l. partecipava alla gara allegando all'offerta, con riferimento alla prescritta cauzione, solo l'appendice scheda – tecnica, secondo lo schema tipo 1.1. di cui al D.M. n. 123/2004, rilasciata dalla compagnia di Assicurazioni AXA.

Per quanto sopra la stazione appaltante escludeva la SISAS dalla gara.

Avverso tale determinazione la SISAS proponeva ricorso al TAR per la Basilicata che, con sentenza n. 770/09, lo accoglieva annullando il provvedimento di esclusione dalla gara.

Avverso la predetta sentenza il Comune di Matera ha interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2011, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'esame della eccezione sollevata dall'appellante di inammissibilità

del ricorso proposto in primo grado, attesa la fondatezza nel merito dell'appello.

Il bando di gara, per quanto qui rileva, espressamente dispone a pena di esclusione, che la polizza fideiussoria *“dovrà contenere l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto....., una fideiussione bancaria pari al 10% dell'importo di aggiudicazione, oltre IVA se ed in quanto dovuta, da svincolarsi dopo due mesi dalla fine del contratto con la espressa*

previsione che, se non ottemperando al pagamento (del canone), il comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto” (vedi art. 4 lettera b) del bando di gara.

La clausola predetta è pienamente legittima, corrispondendo all’interesse essenziale e di natura sostanziale del Comune, di voler rafforzare la garanzia del pagamento da parte del concessionario del canone offerto per ogni stallo e di evitare eventuali contestazioni in sede di esecuzione del contratto, poichè, nonostante le cauzioni provvisorie e definitive ex artt. 75 e 113 D.Lg.vo n. 163/2006 siano garanzie autonome e/o a prima richiesta, cioè prive di accessorietà con il debito dell’obbligato principale, non può escludersi a priori che il soggetto aggiudicatario (debitore principale) possa agire in via di regresso e/o rivalsa nei confronti del Comune garantito.

Oltre che legittima, poi, la clausola non è ambigua o poco chiara risultando, al contrario, di piana ed inequivoca comprensione.

Non v’è dubbio, pertanto, che nel presentare l’offerta i concorrenti dovessero corredarla di una polizza fideiussoria contenente in modo espresso e formale gli impegni prescritti dal bando, a pena di esclusione.

Nella specie la SISAS ha presentato una appendice della cauzione provvisoria, rilasciata dalla Compagnia AXA Assicurazioni S.p.a, che non contiene l’impegno di cui alla clausola predetta.

Correttamente, pertanto, la stessa è stata esclusa dalla gara con la conseguente motivazione:

“La documentazione è carente della polizza assicurativa. E’ stata allegata solo l’appendice alla polizza stessa. Inoltre è carente della “ espressa previsione che, non ottemperando nei termini al pagamento, il Comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto., così come disposto dalla lett. M punto 4b del bando di gara.”

Infatti, contrariamente a quanto prescritto dalla richiamata clausola concorsuale, la cauzione rilasciata era del tutto carente della indicazione formale ed espressa di ultrattività della polizza fideiussoria per i due mesi successivi alla fine del contratto, nonché della previsione per cui in caso di inottemperanza al pagamento del canone “ il comune potrà procedere alla riscossione della stessa, senza ulteriori adempimenti e con la contestuale risoluzione del contratto”.

Né, al riguardo, può ritenersi sufficiente l'indicazione espressa nell'ultimo capoverso dell'appendice della polizza prodotta dalla SISAS, secondo cui *“In ogni caso eventuali clausole specifiche previste nel bando di gara o nella lettera d'invito o in altro documento analogo, qui non riportate o riportate in termini non conformi, devono intendersi nella polizza espressamente recepite e prevalenti su tutte le altre, intendendo la Società obbligarsi nelle forme, nei termini e contenuti previsti dal bando stesso”*

In primo luogo, infatti, la prescrizione del bando sul punto è inequivoca e tassativa nel pretendere l'assunzione dei sopra richiamati impegni in modo formale ed espresso, pena l'esclusione dalla gara.

Pertanto, la generica indicazione contenuta nell'appendice non può surrogare quanto puntualmente richiesto dalla stazione appaltante, in ossequio tra l'altro ai principi vigenti in materia ed in particolare di quello della “ par condicio”.

In secondo luogo, la rilevata genericità della predetta indicazione comporta una necessaria interpretazione della polizza che, come già precisato in sede cautelare dalla sezione, può prestarsi a controversie e violare anche sotto questo profilo il principio della par condicio (cfr. ord. N. 631/2010).

Infine, come esattamente osservato dall'appellante, la clausola in questione, rientrando tra quelle vessatorie, doveva essere espressamente formulata e sottoscritta, ciò che non è avvenuto con ogni conseguenza sulla effettiva validità della indicazione aggiuntiva di che trattasi.

Per quanto sopra, correttamente l'amministrazione ha escluso la SISAS dalla gara.

3 Per le ragioni esposte il ricorso è fondato e va accolto.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe lo accoglie e per l'effetto, in riforma della gravata sentenza n. 770/09 del TAR Basilicata, respinge il ricorso proposto dalla S.I.S.A.S Service in primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011, con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)