

Cauzione provvisoria non completa della procura notarile attestante i poteri di rappresentanza del soggetto che ha sottoscritto la fideiussione assicurativa per conto della società garante: illegittima esclusione.

E' sufficiente, se previsto nella *lex specialis*, l'apposizione, a fianco della firma dell'agente, di un timbro recante uno specifico richiamo alla procura notarile che legittimava la sottoscrizione della fideiussione

### **Sintesi di Tar Marche, Sezione di Ancona, sentenza n. 1356 del 21 novembre 2003**

#### Parole chiave:

Appalti di lavori/appalti di servizi – se viene richiesta l'autentica notarile della firma del fideiussore, è sufficiente un timbro recante un preciso richiamo alla procura notarile di conferimento del relativo potere rappresentativo – vale al pari dell'allegazione di copia della procura – deve essere indicato nel bando che “i poteri rappresentativi dell'agente assicurativo e dell'intermediario finanziario, potevano essere dimostrati con la produzione della procura notarile attestante tale legittimazione, oppure **con ..“altro atto idoneo”.**”

Risarcimento del danno – non accettato in quanto annullati gli atti del primo affidamento – possibilità della ricorrente ad aggiudicarsi la nuova gara

#### Esito del giudizio:

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Marche accoglie il ricorso in epigrafe indicato e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara e di aggiudicazione della stessa. Dichiara, allo stato, inammissibile la domanda di risarcimento danni per le ragioni di cui in motivazione.

#### Conseguenze operative:

Dalla documentazione versata in atti, il Collegio ha potuto constatare che l'impresa ricorrente ha comprovato i poteri rappresentativi dell'agente che ha sottoscritto la polizza fideiussoria, non attraverso la produzione della prescritta procura notarile, ma mediante l'apposizione, a fianco della firma dell'agente, di un timbro recante uno specifico richiamo alla procura notarile che legittimava la sottoscrizione della fideiussione.

Alla stregua dei richiamati elementi di fatto, fondate vanno valutate le censure di parte ricorrente, poiché la riferita apposizione, accanto alla firma dell'agente di assicurazione che ha sottoscritto la polizza fideiussoria, del timbro recante un preciso richiamo alla procura notarile di conferimento del relativo potere rappresentativo, costituiva, ad avviso del Collegio, un atto idoneo, al pari dell'allegazione di copia della procura, a comprovare la piena legittimazione del sottoscrittore della polizza ad impegnare la compagnia di assicurazione obbligata in via principale all'adempimento degli obblighi di garanzia assunti con il rilascio della polizza fideiussoria

Pertanto, quand'anche dovesse ritenersi che la dimostrazione dei poteri di rappresentanza dei soggetti sottoscrittori delle polizze fideiussorie assicurative, costituiva, nel caso che occupa, un adempimento previsto a pena di esclusione dalla gara, ritiene il Collegio che l'impresa ricorrente avesse ritualmente adempiuto a tale obbligo, visto che lo stesso bando riconosceva la possibilità di provvedervi con la produzione della procura notarile di conferimento di tali poteri all'agente assicurativo o con altro atto idoneo, quale può essere ritenuto l'apposizione del timbro attestante l'esistenza della procura, attraverso l'indicazione del nominativo del notaio che l'ha redatta ed autenticata che, ad avviso del Collegio, deve essere considerato come atto equivalente alla procura, attesa la possibilità per la stazione appaltante di ottenere copia della stessa e, quindi, di verificare la veridicità di quanto attestato dal timbro

Precedenti parere di un altro giudice amministrativo:

Appalti di servizi: legittima la richiesta della “cauzione provvisoria, pur in assenza di un preciso obbligo di legge (come, invece, per l'appalto di opere pubbliche)

Valida e chiara, a pena di esclusione, la richiesta di autentica notarile oppure di dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000, contenenti l'espressa indicazione del potere di impegnare validamente il soggetto fideiussore.

Il T.A.R. del Trentino Alto Adige, sede di Trento, con la sentenza numero 72 del 24 febbraio 2003 si occupa del ricorso avverso del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento in appalto del servizio di controllo rendicontuale e finanziario degli interventi formativi a supporto tecnico del Servizio addestramento e formazione professionale della Provincia autonoma di Trento

La lagnanza si basa sulla presunta irregolarità, rispetto alle prescrizioni del bando di gara, della polizza provvisoria presentata dalla ricorrente.

L'adito giudice amministrativo conferma l'operato dell'amministrazione aggiudicatrice sulla base delle seguenti considerazioni:

☞ l'istituto della “cauzione provvisoria”, teso a garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, è certamente configurabile, pur in assenza di un preciso obbligo di legge (come, invece, per l'appalto di opere pubbliche), anche per l'appalto di servizi

Si è quindi in presenza di disposizioni pienamente legittime, che non si pongono in contrasto né con il D.lgs. n. 157 del 1995 – che non contiene alcun divieto al riguardo -, né con l'art. 8 della legge provinciale n. 23 del 1990 – in cui si prevede che “per la stipulazione dei contratti di cui alla presente legge non è richiesta la prestazione di cauzione provvisoria” -, trattandosi di una norma afferente genericamente all'attività contrattuale della P.A.T. e come tale non certo idonea ad impedire la previsione di una cauzione provvisoria nella fase di partecipazione alla gara per le imprese concorrenti: ed è appunto in questi termini, e con carattere di mera sussidiarietà al D.lgs. n. 157 del 1995, che la citata legge provinciale viene richiamata dal bando di gara e dalle allegare norme di partecipazione

☞ la portata dell' art. 4 (paragrafo 4.1) delle Norme di partecipazione alla gara sia estremamente chiara, laddove, individuando le modalità di costituzione della cauzione provvisoria, contempla la possibilità di effettuarla mediante fideiussione bancaria o polizza fideiussoria, sottoscritte dal legale rappresentante dell'Istituto di credito o della Compagnia di assicurazione, con autentica notarile oppure con dichiarazione resa ai sensi del D.P.R. n. 445 del 2000, contenenti l'espressa indicazione del potere di impegnare validamente il soggetto fideiussore.

Poiché nella fattispecie, la Società ricorrente ha prodotto polizza fideiussoria sottoscritta da un funzionario procuratore di una Compagnia, peraltro non accompagnata da autentica notarile o da dichiarazione sostitutiva attestante il potere del sottoscrittore di impegnare la Compagnia assicuratrice a dare piena esecuzione ai contenuti della prestata garanzia., il giudice amministrativo conferma che “La cauzione provvisoria effettuata in questi termini non rispecchia né la lettera né la ratio della ricordata disposizione normativa, ponendosi anzi in contrasto con la stessa: e, considerando che si tratta di prescrizione dettata dall'esigenza di garantire la correttezza dell'offerta nel rispetto della par condicio delle Imprese concorrenti e perciò posta a pena di esclusione, il mancato rispetto della stessa ha comportato appunto – in forza della preminenza del criterio formale più volte affermato da questo

Tribunale amministrativo (si veda, fra le altre, la sentenza n. 243 del 2001) - l'esclusione dalla gara della Società ricorrente."

L'emarginata sentenza va inoltre segnalata per le acute precisazioni in materia di potere del legale rappresentante" dell'Istituto di credito o della Compagnia di assicurazione.

Osservano infatti i giudici trentini: che il concetto di "legale rappresentante" dell'Istituto di credito o della Compagnia di assicurazione, va inteso nel senso del "procuratore" che abbia il potere:

- ☞ non solo di sottoscrivere l'atto fideiussorio,
- ☞ ma anche quello di impegnare il soggetto garante così come richiesto dalla normativa di gara:

In concreto, ciò che rileva non è il fatto che la firma della fideiussione bancaria o della polizza fideiussoria sia quella di un procuratore dell'Istituto di credito o della Compagnia assicuratrice – il che è avvenuto per tutte le concorrenti -, ma la connotazione del procuratore in parola, che per le Società controinteressate risulta, in forza di espressa indicazione mediante autentica notarile o autodichiarazione, titolare del potere di impegnare **in toto** il soggetto garante, mentre altrettanto non è a dirsi per la ricorrente che non lo ha esplicitato in nessuno dei due modi previsti dalla normativa (e del resto, non traspare neppure dal successivo atto del 20.11.2002).

Ora quest'ultima affermazione ha un rilevanza non indifferente negli appalti pubblici di lavori.

Si ricorderà infatti che la norma della Legge Merloni prevede che il fideiussore della provvisoria (2%) debba impegnarsi ad emettere, in caso di aggiudicazione, anche la polizza definitiva. (10%).

Tale impegno, se sottoscritto da un'Agente di Assicurazione, all'atto dell'emissione di una garanzia pari al 2% dell'importo del valore indicato nella gara, impegna **in toto** la Compagnia ad emettere un successiva cauzione (la definitiva appunto) per un importo come minimo 5 volte superiore.

Si ricorderà inoltre che la Legge 109/94 ha subito l'ultima modificazione da parte della Legge 166/2002 entrata in vigore in agosto dello stesso anno.

Tra le novità, segnaliamo il maggior importo della definitiva in caso di ribassi d'asta superiori rispettivamente al 10 o al 20 per cento dell'importo dei lavori.

Ciò significa un aumento, a volte anche molto rilevante, del rapporto fra l'importo della provvisoria e quella della definitiva.

E quindi, anche alla luce dell'emarginata sentenza, diventa quasi necessario, se non utilissimo, da parte delle amministrazioni, demandare ad un notaio (o all'autocertificazione), il verificare che il "legale rappresentante" sia realmente dotato dei poteri per l'emissione di entrambe le garanzie, onde evitare il verificarsi di un aggiudicatario .....sprovvisto di "definitiva" (con tutte le note conseguenze che questo comporta!!!)

Da notare ancora:

---

Rischio di misura aggravatoria e rigore formale (non rispettoso del canone della ragionevolezza e della proporzionalità) richiedere con la provvisoria anche la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà del fideiussore

La clausola del bando, non appare in sé illegittima, basta che non sia preclusa la possibilità di regolarizzazione successiva

T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 3 giugno 2003, n. 2393 si occupa di un ricorso avverso l'esclusione da un pubblico incanto di lavori per aver omesso la ditta ricorrente di allegare alla cauzione provvisoria anche la dichiarazione sostitutiva così come richiesta dalla *lex specialis*. (parere opposto a T.A.R. del Trentino Alto Adige, sede di Trento, sentenza numero 72 del 24 febbraio 2003)

Il bando infatti prescriveva di inserire nel plico di trasmissione, a pena di esclusione, la cauzione provvisoria di euro 4.156,40 da prestare anche a mezzo di fideiussione bancaria o assicurativa, nonché una "dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, resa dal fideiussore e corredata da copia fotostatica non autenticata del documento di identità, di essere legittimato ad emettere fideiussione per tipologia ed importo richiesti".

Molto prontamente i giudici milanesi osservano che "la disciplina in materia di appalti pubblici, riserva a soggetti determinati e previamente abilitati la facoltà di costituire le cauzioni, ma non prevede che la garanzia fideiussoria debba essere corredata dell'autenticazione, anche se resa nella forma più semplice dell'autocertificazione, della firma del soggetto sottoscrittore della fideiussione, al fine di comprovarne l'identità e i relativi poteri.

Nulla osta, proseguendo nella lettura dell'emarginata sentenza, che "ove inserita nella *lex specialis*, la richiesta di autenticazione della firma del soggetto fideiussore debba ritenersi per ciò solo illegittima, ma impone di verificare se la relativa prescrizione, che introduce un onere formale non richiesto dalla legge, determini un ingiustificato appesantimento burocratico, fonte come tale di un inutile aggravio del procedimento, ovvero debba considerarsi ragionevole, in quanto rispondente ad un apprezzabile interesse della stazione appaltante."

Nella fattispecie esaminata, invece, in considerazione della modesta entità dell'importo garantito e della esiguità del numero dei concorrenti, all'adito giudice amministrativo la dichiarazione sostitutiva risulta "una misura aggravatoria della posizione dei concorrenti, in quanto inidonea a fornire, in concreto, all'ente aggiudicatore garanzie maggiori rispetto a quelle già apprestate dall'ordinamento, con la conseguenza che la sanzione dell'inammissibilità dell'offerta, per l'inosservanza della prescrizione, appare ispirata da un eccessivo rigore formale e non risulta proporzionata alla finalità perseguita dalla stazione appaltante, tenuto conto dell'insussistenza di alcun significativo interesse pubblico all'esclusione di un'offerta comunque corredata di cauzione provvisoria"

Per cui "Ne deriva che l'impugnata prescrizione del disciplinare di gara, da soddisfare a pena di inammissibilità dell'offerta, si risolve in un adempimento formale, idoneo a discriminare irragionevolmente gli aspiranti alla gara, con effetti limitativi della partecipazione, dannosi per la stessa amministrazione intimata, che, con l'esclusione di due dei tre partecipanti, si è preclusa la possibilità di un effettivo confronto concorrenziale"

In pratica "l'interesse perseguito tramite la richiesta di autenticazione della firma attiene alla certezza circa la provenienza della polizza da parte della società che l'ha emessa e la conseguente validità dell'impegno assunto; detto interesse era già stato soddisfatto mediante l'uso di una modulistica proveniente dalla società assicuratrice che ha prestato la garanzia fideiussoria anzidetta, della quale pertanto doveva ritenersi certa anche la provenienza da parte del soggetto che l'aveva rilasciata.

Non meno interessanti risultano le osservazioni in merito ai seguenti due aspetti:

- Per quanto concerne la legittimazione della società a costituire cauzioni della specie e dell'importo considerati, la stessa deriva dal possesso dei requisiti richiesti dalla l.n.348/82 e dalla titolarità dell'autorizzazione conseguita dalla società medesima in forza del D.M. 27 novembre 1990 citato nella polizza in questione.
- Riguardo ai poteri rappresentativi degli agenti di assicurazione, in qualità di soggetti delegati all'esercizio dell'attività di assicurazione, sono in primo luogo soggetti all'obbligo di iscrizione nell'apposito albo previsto dalla l.n.48/79; inoltre, dalla formulazione dell'art.1903, primo comma, cod.civ. è dato evincere che la procura rilasciata agli agenti di assicurazione deve essere pubblicata nel registro delle imprese (istituito dall'art.8 della legge 29 dicembre 1993, n.580).

Anche le conclusioni meritano un'accurata segnalazione.

“ Depurata dalla incongrua sanzione dell'esclusione, la clausola del bando, che richiede la presentazione della dichiarazione sostitutiva, non appare in sé illegittima, in quanto non è idonea a precludere la possibilità di regolarizzazione successiva del documento, attenendo tale sanatoria non al contenuto dello stesso, ma esclusivamente alla garanzia della sua provenienza, senza implicare alcuna lesione del principio di par condicio dei concorrenti

In tale prospettiva, la richiesta di conferma o di dimostrazione della rispondenza della documentazione ai requisiti richiesti corrisponde ad un particolare interesse dell'amministrazione, su cui grava l'onere di procedere d'ufficio agli accertamenti del caso, posto che, in base all'art.57 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 (norma che deve essere letta in connessione con i principi introdotti dalla l.n.241/90), “la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione”.

Ne deriva, in un'ottica orientata al contemperamento della reale tutela degli obiettivi perseguiti con l'esigenza della più ampia partecipazione delle imprese alla gara, che la stazione appaltante, avendo richiesto l'adempimento in questione, avrebbe dovuto esercitare la facoltà di consentirne la regolarizzazione, anziché sanzionarne con l'esclusione l'inosservanza.”

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLE MARCHE

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n.50 del 2003, proposto dalla s.a.s. \*\*\*,

contro

- la REGIONE MARCHE, in persona del Presidente pro-tempore della Giunta Regionale, rappresentato e difeso dall'avv. Gabriella De Berardinis del Servizio legale, presso il cui ufficio è elettivamente domiciliato in Ancona, alla Via Giannelli n.36;

- il DIRIGENTE RESPONSABILE del SERVIZIO LAVORI PUBBLICI della REGIONE MARCHE ed il PRESIDENTE della COMMISSIONE di GARA relativa all'appalto di cui si controverte, non costituiti in giudizio;

e nei confronti

della s.r.l. \*\*\* per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- dei provvedimenti di cui ai verbali n.1, 2, 3 e 4, rispettivamente del 28.10.2002, 29.10.2002, 5.11.2002 e del 18.11.2002, con i quali la Commissione giudicatrice della gara ad evidenza pubblica indetta dalla Regione Marche per l'aggiudicazione dell'intervento costruttivo di regimazione idraulica del Fiume Potenza, II e IV stralcio, 1° lotto, interessante i Comuni di Pioraco-Fiuminata e Sefro, ha disposto l'esclusione dell'impresa ricorrente dal procedimento di scelta del contraente e contestualmente aggiudicato provvisoriamente l'appalto in favore della controinteressata impresa \*\*\* ;
- del provvedimento, non conosciuto, eventualmente adottato nel frattempo, con cui sono stati approvati i verbali di gara ed è stata definitivamente confermata l'esclusione dalla gara dell'Impresa ricorrente e la relativa aggiudicazione in favore dell'impresa controinteressata;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi, all'occorrenza, il bando di gara ed il relativo disciplinare dell'appalto di cui si controverte nella parte in cui possano essere interpretati nel senso di consentire alla stazione appaltante di ritenere non idonee le polizze fideiussorie nelle forme prestate dalla ditta ricorrente, senza chiedere quantomeno chiarimenti ed eventuali integrazioni documentali, con la contestuale condanna dell'Amministrazione intimata al conseguente risarcimento dei danni;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e della controinteressata Impresa \*\*\* ;

Viste le memorie depositate dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 22 ottobre 2003, il Consigliere Galileo Omero Manzi;

Uditi l'avv. F.M. Caianiello per la parte ricorrente, l'avv. G.De Berardinis per la Regione Marche e l'avv. Maurizio Miranda, sostituto processuale dell'avv. R.Stecconi, per la controinteressata Impresa \*\*\*;

Visto il dispositivo n.51 del 23 ottobre 2003, pubblicato ai sensi di quanto previsto dall'art.23/bis, VI comma della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto con l'art.4 della legge 21 luglio 2000, n.205 che prevede la pubblicazione del dispositivo della sentenza di cui al ricorso in epigrafe, attesa la materia dello stesso;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

## FATTO

Con atto notificato il 21.1.2003, depositato in pari data, la s.a.s \*\*\*\* di Casapesenna (CE) ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe con cui è stata disposta la sua esclusione dal procedimento ad evidenza pubblica promosso dalla Regione Marche per l'affidamento in appalto dei lavori di regimazione idraulica del Fiume Potenza, relativi al III e IV stralcio, 1° lotto, tratto: Villa Potenza-Pioraco-Fiuminata/Sefro.

L'estromissione dell'Impresa ricorrente è stata giustificata dal riscontrato mancato rispetto delle prescrizioni del bando di gara per quanto concerne la produzione della documentazione attestante l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria la quale, secondo la Commissione di gara, non risultava completa della procura notarile attestante i poteri di rappresentanza del soggetto che ha sottoscritto la fideiussione assicurativa per conto della società garante.

L'impugnativa è stata estesa anche al provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara di cui si controverte in favore dell'Impresa \*\*\* che ha presentato l'offerta più vantaggiosa tra quelle ammesse al procedimento di scelta del contraente, nonché al bando di gara ed al relativo disciplinare dell'appalto, nella parte in cui tali atti possano essere interpretati nel senso di consentire alla stazione appaltante di ritenere non idonea la polizza fideiussoria presentata dalla ditta ricorrente, senza chiedere quantomeno chiarimenti ed eventuali integrazioni.

A fondamento del ricorso sono state dedotte censure di violazione del bando di gara, dell'art.97 della Costituzione e del quadro normativo di riferimento che disciplina le procedure di scelta dei contraenti da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

Secondo la parte attrice, la sua disposta esclusione dal procedimento di scelta del contraente di cui si controverte si pone in contrasto con il bando di gara, poiché la polizza fideiussoria allegata alla domanda di partecipazione alla gara, per documentare l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria, era in grado di attestare i poteri rappresentativi del soggetto che aveva sottoscritto l'atto di garanzia per conto della società garante, dal momento che riportava in calce alla sottoscrizione un timbro attestante il nominativo del notaio che aveva autenticato la relativa procura in favore del rappresentante della società assicurativa che aveva firmato la polizza.

In ogni caso, la presentazione di copia della procura non era prevista dal bando a pena di esclusione e, quindi, la sua omissione non poteva giustificare l'estromissione dalla gara, tanto più che, nel dubbio in ordine all'interpretazione delle clausole del bando di gara, secondo il principio di buona amministrazione di cui all'art.97 della Costituzione ed il prevalente orientamento della giurisprudenza, le stesse vanno interpretate in modo da favorire la massima partecipazione delle imprese concorrenti in ragione dell'interesse pubblico ad un confronto più ampio possibile tra le offerte.

Un ulteriore profilo di illegittimità per ingiustizia manifesta viene fatto dipendere dalla mancata possibilità riconosciuta all'impresa ricorrente di integrare la documentazione ritenuta incompleta dalla Commissione di gara, al contrario di quanto invece è stato consentito ad altre imprese concorrenti ammesse con riserva, sotto la condizione della futura integrazione e specificazione di elementi documentali richieste dall'organo di gara.

In via subordinata, è stato impugnato anche il bando di gara ed il relativo disciplinare, qualora gli stessi dovessero essere interpretati nel senso della prevista presentazione a pena di esclusione della procura notarile attestante i poteri di rappresentanza del soggetto che sottoscrive polizze assicurative fideiussorie per conto della Società garante.

Tale norma del bando viene ritenuta elusiva del quadro normativo di riferimento che disciplina i procedimenti di scelta dei contraenti da parte delle Amministrazioni pubbliche ed, in particolare, dell'art.30, I comma della legge 11 febbraio 1994, n.109 che si limita ad imporre ai concorrenti la sola presentazione di fideiussioni bancarie ed assicurative, senza richiedere di documentare i poteri di rappresentanza dei soggetti sottoscrivono i relativi documenti di garanzia.

In data 27.1.2003, si è costituita in giudizio la Regione Marche il cui difensore ha negato fondamento ai rilievi invalidatori prospettati con il ricorso, in quanto il bando di gara prevedeva, in caso di costituzione della garanzia provvisoria tramite fideiussione rilascia da intermediari finanziari o da compagnie assicuratrici, che insieme al documento attestante il rilascio della garanzia fideiussoria fosse presentato, a pena di esclusione, anche la documentazione comprovante i poteri rappresentativi della società garante in capo al soggetto che ha sottoscritto la relativa polizza.

Tale adempimento poteva realizzarsi, come previsto dal bando, soltanto mediante la presentazione di una procura notarile attestante tali poteri rappresentativi, per cui, non avendo la ditta ricorrente

adempito al suddetto obbligo imposto dal bando di gara, legittimamente la Commissione giudicatrice l'ha esclusa dal prosieguo del procedimento di scelta del contraente, poiché l'apposizione di un semplice timbro a fianco della firma del rappresentante della società garante, recante un riferimento all'esistenza di una procura notarile, non poteva essere ritenuta equivalente alla procura richiesta dal bando.

In data 28.1.2003, si è costituita in giudizio l'Impresa \*\*\* dichiarata aggiudicataria della gara di cui si controverte, i cui difensori hanno preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso, a causa della mancata dimostrazione dell'interesse a sindacare gli atti impugnati in vista dell'aggiudicazione della gara e, quindi, della possibilità di conseguire un risultato utile, in caso di accoglimento del ricorso.

Per quanto riguarda il merito delle censure dedotte con il gravame, la parte controinteressata ne ha contestato la fondatezza, poiché la presentazione della procura notarile attestante i poteri rappresentativi del soggetto che ha sottoscritto la polizza di fideiussione era richiesta a pena di esclusione dalla gara e, quindi, la mancata produzione della stessa con la domanda di partecipazione alla gara, non poteva che determinare l'esclusione dal prosieguo del procedimento di scelta del contraente e da ciò la correttezza e legittimità degli atti che hanno formalizzato tale esclusione.

Con successivo atto di motivi aggiunti notificato il 26.2.2003, depositato il 5.3.2003, l'Impresa ricorrente ha impugnato formalmente il provvedimento del Dirigente del Dipartimento Territorio ed Ambiente della Regione Marche n.15 del 23.12.2003, con cui è stata disposta la definitiva aggiudicazione dei lavori di regimazione fluviale di cui si controverte in favore dell'Impresa \*\*\*, nonché il processo verbale di consegna degli stessi lavori datato 27.12.2003.

Al riguardo, sono stati riproposte le stesse censure dedotte con l'atto introduttivo del giudizio che, secondo i difensori di parte ricorrente, determinerebbero in via derivata anche l'invalidità del provvedimento di aggiudicazione dei lavori.

Una autonoma censura di violazione dell'art.129 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n.554, viene dedotta nei confronti del verbale di consegna dei lavori la cui adozione sarebbe avvenuta in carenza dei presupposti richiesti dalla norma suddetta che la subordina all'avvenuta stipula del contratto di appalto alla sussistenza di motivi di urgenza di cui non viene fornita alcuna giustificazione; senza contare che il Direttore dei Lavori ha provveduto alla loro consegna senza essere stato autorizzato dal responsabile del procedimento.

L'aggiudicazione definitiva dell'appalto sarebbe stata, inoltre, illegittimamente disposta dal Direttore del Dipartimento del Territorio ed Ambiente della Regione Marche il quale, tuttavia, era da ritenere incompetente al riguardo, essendo il relativo potere riservato al Dirigente responsabile del Servizio Lavori Pubblici.

Con l'atto di motivi aggiunti è stata anche avanzata domanda di condanna dell'Amministrazione regionale al risarcimento dei danni arrecati all'Impresa ricorrente dai provvedimenti impugnati ed asseriti corrispondenti al mancato guadagno derivante dall'esecuzione dell'appalto oggetto di aggiudicazione in quanto, a detta dei difensori della stessa, l'ammissione alla gara avrebbe comportato la sua aggiudicazione, a fronte dell'offerta economica presentata dalla ricorrente e di quelle delle altre imprese ammesse alla gara.

Con memoria depositata in data 30.9.2003, il difensore della Regione ha diffusamente ribadito le proprie tesi e conclusioni, insistendo per la reiezione del ricorso e contestando nel contempo le ulteriori censure dedotte con l'atto di motivi aggiunti, in quanto le ragioni di urgenza che hanno giustificato l'immediata consegna dei lavori hanno trovato motivo nella corrispondenza intercorsa con i sindaci dei Comuni interessati dai lavori da appaltare che avevano segnalato la pericolosità dello stato degli argini del fiume Potenza.

Anche la controinteressata Impresa \*\*\* ha depositato in data 15.10.2003, nell'imminenza della pubblica udienza di discussione della causa, apposita memoria conclusionale con la quale ha ribadito l'eccezione di carenza di interesse dell'Impresa ricorrente a sindacare gli atti con cui si è dato luogo all'aggiudicazione dell'appalto ed alla consegna dei lavori rispetto ai quali la medesima è del tutto estranea.

In ogni caso, poiché l'aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico equivale ad ogni effetto al contratto e, quindi, la consegna dei lavori alla ditta aggiudicataria è intervenuta nel rispetto delle condizioni poste dall'art.129 del D.P.R n. 554 del 1999.

Priva di pregio è stata ritenuta anche la dedotta censura dedotta con l'atto di motivi aggiunti, di incompetenza del Direttore del Dipartimento Territorio ed Ambiente a disporre l'aggiudicazione definitiva, dal momento che il Dirigente del Servizio Lavori Pubblici aveva svolto i compiti di Presidente della Commissione di gara e, quindi, non avrebbe potuto esercitare alcun controllo imparziale sulla proposta di aggiudicazione provvisoria formulata dalla stessa Commissione.

## DIRITTO

1) Va in primo luogo disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse opposta dalla parte controinteressata sul presupposto della mancata dimostrazione del vantaggio che l'impresa ricorrente potrebbe conseguire, in caso di accoglimento del ricorso.

Giova al riguardo considerare che, nel caso di ricorso contro l'esclusione da una gara pubblica di appalto e la successiva aggiudicazione, l'impresa ricorrente estromessa dal procedimento di scelta del contraente, non deve dimostrare che, ove non fosse stata esclusa, si sarebbe aggiudicata la gara, tenuto conto che la stessa ha un interesse, quantomeno strumentale, a ricorrere contro gli atti che hanno condotto all'aggiudicazione del contratto alla controinteressata, in modo da provocare la rinnovazione del procedimento.

2) Nel merito il ricorso è fondato.

Va precisato che l'esclusione dalla gara della ditta ricorrente oggetto di sindacato, ha trovato giustificazione nella mancata allegazione, in sede di presentazione della domanda di ammissione alla gara, della procura notarile attestante i poteri rappresentativi del soggetto che ha sottoscritto la polizza assicurativa fideiussoria prodotta per comprovare l'avvenuta costituzione del deposito cauzionale provvisorio richiesto dal bando di gara.

Tale omissione documentale è stata considerata dalla Commissione di gara quale violazione di un adempimento formale previsto dal bando a pena di esclusione e come tale ha determinato l'estromissione dell'impresa ricorrente dal procedimento di scelta del contraente.

La parte attrice deduce l'illegittimità di tale decisione, in quanto basata su una errata interpretazione del regolamento di gara.

Tale assunto va condiviso.

Il punto 8) del bando di gara, nel fornire indicazioni sulle modalità di costituzione del deposito cauzionale provvisorio richiesto per essere ammessi alla selezione, ha nel contempo precisato che, nel caso di cauzione costituita a mezzo fideiussione rilasciata da intermediari finanziari all'uopo autorizzati o da società di assicurazione, i concorrenti avrebbero dovuto produrre anche la documentazione necessaria a comprovare i poteri rappresentativi dei soggetti sottoscrittori delle polizze fideiussorie, costituita da procura notarile o da altro atto idoneo ad attestare documentalmente l'autorizzazione conferita agli agenti, da parte della Compagnia di assicurazione, a rilasciare cauzioni.

Dalla documentazione versata in atti, il Collegio ha potuto constatare che l'impresa ricorrente ha comprovato i poteri rappresentativi dell'agente che ha sottoscritto la polizza fideiussoria, non attraverso la produzione della prescritta procura notarile, ma mediante l'apposizione, a fianco della firma dell'agente, di un timbro recante uno specifico richiamo alla procura notarile che legittimava la sottoscrizione della fideiussione.

Alla stregua dei richiamati elementi di fatto, fondate vanno valutate le censure di parte ricorrente, poiché la riferita apposizione, accanto alla firma dell'agente di assicurazione che ha sottoscritto la polizza fideiussoria, del timbro recante un preciso richiamo alla procura notarile di conferimento del relativo potere rappresentativo, costituiva, ad avviso del Collegio, un atto idoneo, al pari dell'allegazione di copia della procura, a comprovare la piena legittimazione del sottoscrittore della polizza ad impegnare la compagnia di assicurazione obbligata in via principale all'adempimento degli obblighi di garanzia assunti con il rilascio della polizza fideiussoria.

Il convincimento del Collegio trova conferma nella stessa previsione del bando di gara (punto n.8) ove era stato precisato che i poteri rappresentativi dell'agente assicurativo e dell'intermediario finanziario, potevano essere dimostrati con la produzione della procura notarile attestante tale legittimazione, oppure con .."altro atto idoneo".

Per cui, con riferimento a tale riconosciuta possibilità di comprovare anche in altro modo, oltre che con la procura, i poteri di rappresentanza dell'agente sottoscrittore della polizza fideiussoria assicurativa, ritiene il Collegio che l'impugnata determinazione della Commissione di gara di esclusione dell'impresa ricorrente, sia da ritenere illegittima in quanto adottata in violazione della *lex specialis* del procedimento, considerato che la stessa impresa aveva, in ogni caso, dato conto che il potere di sottoscrizione della polizza da parte dell'agente firmatario trovava la sua legittimazione in apposita procura autenticata dal Dott. Emanuele \*\*\*\*, notaio in Maddaloni.

Tali dati erano infatti indicati nel timbro apposto al lato della sottoscrizione dell'agente e, quindi, nella piena disponibilità della Commissione di gara la quale, in caso di dubbi, avrebbe potuto chiedere chiarimenti ed integrazioni documentali, come previsto dall'art.22, III comma, del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n.406 che costituisce una norma di comportamento per tutte le Amministrazioni aggiudicatrici di pubblici appalti, nel caso di incompletezza della documentazione prodotta per comprovare il possesso di requisiti e condizioni richieste dal bando di gara a pena di esclusione.

Pertanto, quand'anche dovesse ritenersi che la dimostrazione dei poteri di rappresentanza dei soggetti sottoscrittori delle polizze fideiussorie assicurative, costituiva, nel caso che occupa, un adempimento previsto a pena di esclusione dalla gara, ritiene il Collegio che l'impresa ricorrente avesse ritualmente adempiuto a tale obbligo, visto che lo stesso bando riconosceva la possibilità di provvedervi con la produzione della procura notarile di conferimento di tali poteri all'agente assicurativo o con altro atto idoneo, quale può essere ritenuto l'apposizione del timbro attestante l'esistenza della procura, attraverso l'indicazione del nominativo del notaio che l'ha redatta ed autenticata che, ad avviso del Collegio, deve essere considerato come atto equivalente alla procura, attesa la possibilità per la stazione appaltante di ottenere copia della stessa e, quindi, di verificare la veridicità di quanto attestato dal timbro.

La riconosciuta fondatezza della delibera censura di violazione del bando di gara, importa di per sé l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente e consente nel contempo al Collegio di dichiarare assorbiti i residui motivi di censura dedotti con l'atto introduttivo del giudizio e con il successivo atto di motivi aggiunti.

3) Va invece dichiarata inammissibile la domanda di risarcimento danni pure avanzata con il ricorso, poiché dall'annullamento giurisdizionale dell'esclusione dalla gara non consegue automaticamente il

diritto al risarcimento, ove non sia certo, come si verifica nel caso che occupa, che il ricorrente si sarebbe aggiudicato la gara, in quanto per effetto della disposta caducazione del provvedimento di estromissione dell'impresa ricorrente dal procedimento di scelta del contraente, si impone il solo rinnovamento delle operazioni di gara, mediante la valutazione dell'offerta economica dell'impresa ricorrente, in precedenza esclusa da qualsiasi apprezzamento.

La prova del danno risarcibile potrà eventualmente essere raggiunta solo all'esito dell'accennata rinnovazione delle operazioni di gara, qualora l'impresa ricorrente abbia titolo all'aggiudicazione del contratto di appalto (Cons.St., Sez.VI, 4 settembre 2003, n.4435; 15 aprile 2003, n.1945).

In conclusione, il ricorso va accolto con il conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara dell'im-presa ricorrente e di aggiudicazione della stessa.

Va invece dichiarata inammissibile, allo stato, la domanda di risarcimento danni per le ragioni precisate.

Sussistono nel contempo giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P. Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Marche accoglie il ricorso in epigrafe indicato e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara e di aggiudicazione della stessa.

Dichiara, allo stato, inammissibile la domanda di risarcimento danni per le ragioni di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona, nella camera di consiglio del 22 ottobre 2003      Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 21 NOV. 2003  
Ancona, 21 NOV. 2003