

Assolutamente illegittima la clausola, della provvisoria e della definitiva, secondo cui «la garanzia non potrà essere escussa dall'Ente appaltante in caso di mancata presentazione da parte della Ditta obbligata delle polizze di assicurazione così come previsto nel bando di gara...».

La produzione di una garanzia sostanzialmente diversa dal modello stabilito dalla *lex specialis* concreta non già una mera irregolarità, bensì una vera e propria incompletezza dell'offerta, perché non soddisfa gli elementi essenziali richiesti dall'ordinamento per l'accesso alle gare ad evidenza pubblica

### **Sintesi di Tar Lazio, Sezione Terza Ter di Roma, sentenza n. 11211 del 28 novembre 2003**

Parole chiave:

---

Appalti di lavori/appalti di servizi – incameramento incondizionato – cauzione provvisoria e definitiva - legittima esclusione se previsioni di polizza diverse dal dettame della norma – non conforme la dicitura per cui ciascuna cauzione «... non potrà essere escussa dall'Ente appaltante in caso di mancata presentazione da parte della Ditta obbligata delle polizze di assicurazione così come previsto nel bando di gara...» - impossibilità per l'appaltante stesso d'escutere incondizionatamente entrambe le cauzioni in caso d'inadempimento degli obblighi contrattuali - rischio provvisoria: mancata presentazione definitiva – rischio definitiva: tutti gli inadempimenti contrattuali tra cui la presentazione della Car – GIUSTIFICATA L'ESCLUSIONE - produzione di una garanzia sostanzialmente diversa dal modello stabilito dalla *lex specialis* - concreta non già una mera irregolarità, bensì una vera e propria incompletezza dell'offerta, perché non soddisfa gli elementi essenziali richiesti dall'ordinamento per l'accesso alle gare ad evidenza pubblica

Esito del giudizio:

---

il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. 3°-ter, respinge il ricorso n. 5925/2003 in epigrafe.

Conseguenze operative:

---

Nondimeno, non è revocato in dubbio dalla ricorrente che tale polizza pose per ben due volte, con riguardo, cioè, alla garanzia provvisoria ed all'impegno per quella definitiva, anche la clausola per cui ciascuna cauzione «... non potrà essere escussa dall'Ente appaltante in caso di mancata presentazione da parte della Ditta obbligata delle polizze di assicurazione così come previsto nel bando di gara...». Tralasciando in questa sede gli effetti nocivi di tale clausola sulla cauzione definitiva □ che presuppone l'avvenuta aggiudicazione□, essa svuota di fatto il contenuto e la funzione della cauzione provvisoria. Invero, la cauzione provvisoria è preordinata, a sensi dell'art. 30, c. 1, II per. della l. 11 febbraio 1994 n. 109, a garantire la serietà dell'offerta ed a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario (arg. ex Cons. St., IV, 29 marzo 2001 n. 1840) □ tant'è che è svincolata automaticamente al momento di tale sottoscrizione□, onde, nel settore dei lavori pubblici, è incondizionata ed a prima richiesta. Ebbene, l'apposizione della clausola limitativa della responsabilità del fideiussore la rende, se accettata tout court dalla stazione appaltante, non più atta ad impedire l'elusione, da parte dell'aggiudicatario, della stipulazione del contratto definitivo. La ragione è evidente: per un verso, in sede d'eventuale escussione della cauzione provvisoria il fideiussore esclude il suo impegno a rispondere, a prima richiesta della stazione appaltante, per una cauzione definitiva incondizionata □ tale dovendo essere per espressa statuizione della *lex specialis* di gara□, la cui mancata sottoscrizione implica la non stipulazione del contratto. Per altro verso, dal canto suo, la cauzione definitiva non sarebbe potuta essere incondizionata, a causa della stessa volontà del garante di non rispondere anche per quegli elementi del contratto definitivo (quali le polizze assicurative di cui all'art. 30, c. 3 della l. 109/1994 ed agli artt. 103 e ss. del DPR 21 dicembre 1999 n. 554) l'inadempimento dei quali, che pure sono veri e propri obblighi contrattuali, esclude le basilari garanzie per l'ente appaltante e, quindi, implica la revoca dell'aggiudicazione. Da ciò discende che quest'ultimo è sfornito d'ogni idonea e seria garanzia per imporre all'aggiudicatario non solo la firma del contratto, ma anche dei connessi obblighi assicurativi e che, in tal

caso, l'impresa può rimodulare a proprio vantaggio, meramente potestativo, gli obblighi negoziali, altrimenti inderogabili.

di Sonia LAZZINI

Repubblica Italiana In nome del popolo italiano  
il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. 3<sup>o</sup>-ter,  
ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 5925/2003, proposto dalla \*\*\*\* – \*\*\*\* COSTRUZIONI \*\*\*\*, corrente in Calenzano (FI), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la GIOVANNI \*\*\*\* & C. \*\*\*\* s.p.a., rappresentata e difesa dai proff. Giuseppe STANCANELLI, Carlo MALINCONICO ed Andrea GUARINO ed elettivamente domiciliata in Roma, alla piazza Borghese n. 3,  
**CONTRO**

la ITALFERR s.p.a. e la Rete ferroviaria italiana – RFI s.p.a., correnti in Roma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Francesco Saverio MUSSARI ed elettivamente domiciliata in Roma, al Lungotevere dei Mellini n. 24

**E NEI CONFRONTI**

- della \*\*\*\* s.p.a., corrente in Chieti, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la \*\*\*\* COSTRUZIONI s.p.a., la \*\*\*\* s.r.l., la \*\*\*\* s.p.a., la \*\*\*\* s.p.a. e la MARIO \*\*\*\* & ASSOCIATI s.r.l., controinteressata, rappresentata e difesa dai proff. Mario SANINO ed Arturo CANCRINI ed elettivamente domiciliata in Roma, al viale dei Parioli n. 180,

- della \*\*\*\* s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita nel presente giudizio e

- della \*\*\*\* s.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la \*\*\*\* COSTRUZIONI s.p.a., interventrice *ad opponendum*, rappresentata e difesa e dagli avvocati Alessandro PALLOTTINO ed Alessandro ALESSANDRI ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Flaminia n. 197,

**PER L'ANNULLAMENTO**

dell'atto, reso noto nella seduta pubblica del seggio di gara in data 18 aprile 2003, con cui l'ITALFERR s.p.a. ha escluso l'ATI ricorrente dalla licitazione privata, indetta con bando pubblicato il 16 ottobre 2002, per la progettazione esecutiva ed i lavori di raddoppio della linea ferroviaria S. Lorenzo al Mare – Andora (PA – 658);

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intime e dell'interventrice *ad opponendum*;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 20 novembre 2003 il Cons. dott. Silvestro Maria RUSSO e uditi altresì, per le parti, i proff. SANINO e CANCRINI e gli avvocati MUSSARI, PALLOTTINO ed ALESSANDRI;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

La \*\*\*\* \*\*\*\* s.p.a., corrente in Cadenzano (FI), assume d'aver partecipato, in ATI con la GIOVANNI \*\*\*\* & C. \*\*\*\* s.p.a. di cui è mandataria, alla licitazione privata indetta dall'ITALFERR s.p.a. (in nome e per conto della RFI s.p.a.) con bando pubblicato nella G.U. n. 242 del 16 ottobre 2002, per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione esecutiva e lavori di raddoppio della linea ferroviaria S. Lorenzo al Mare–Andora (PA–658), da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, con esclusione di offerte alla pari o in aumento rispetto all'importo a base d'asta (€ 334.599,91).

Detta Società dichiara altresì d'esser stata esclusa dalla gara *de qua*, perché: A) – «... presenta una cauzione difforme dalla lettera di invito e tale da determinare riduzioni sostanziali delle garanzie prestate...»; B) – «... dichiara di subappaltare le opere della categoria OS 21...». Avverso siffatta esclusione insorge allora detta Società, con il ricorso in epigrafe, innanzi a questo Giudice, deducendo in punto di diritto: A) – la violazione e falsa applicazione dell'art. 30 della l. 11 febbraio 1994 n. 109 e dell'art. 100 del DPR 22 dicembre 1999 n. 554 e l'eccesso di potere per carente istruttoria, per grave travisamento

del fatto, per erronea valutazione degli atti di gara, per contraddittorietà, per sviamento, per violazione dell'affidamento ingenerato nell'impresa concorrente e per motivazione carente o perplessa; B) – l'illegittimità della *lex specialis* di gara per violazione della l. 109/1994 e del DPR 554/1999, delle norme comunitarie in tema di appalti di ll.pp. e del principio di proporzionalità.

Resistono in giudizio le intimate ITALFERR s.p.a. e RFI s.p.a., che concludono per l'infondatezza della pretesa attorea. Alla stessa conclusione perviene la \*\*\*\* s. p.a., corrente in Chieti, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI costituita con latre imprese. Interviene ad *opponendum* nel presente giudizio la \*\*\*\* s.a., corrente in Milano, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la \*\*\*\* COSTRUZIONI s.p.a., la quale eccepisce l'infondatezza della pretesa attorea.

Le parti hanno ritualmente depositato memorie e documenti. Alla pubblica udienza del 20 novembre 2003, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

#### DIRITTO

La \*\*\*\* \*\*\*\* s.p.a., che ha partecipato, in ATI con la GIOVANNI \*\*\*\* & C. \*\*\*\* s.p.a. di cui è mandataria, alla licitazione privata indetta da ITALFERR s.p.a. e RFI s.p.a. per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione esecutiva e lavori di raddoppio della linea ferroviaria S. Lorenzo al Mare–Andora (PA–658), impugna la sua esclusione dalla gara. Secondo la stazione appaltante, invero, essa avrebbe A) – presentato «... una cauzione difforme dalla lettera di invito e tale da determinare riduzioni sostanziali delle garanzie prestate...»; B) – e dichiarato di voler «... subappaltare le opere della categoria OS 21...». Il ricorso in epigrafe non ha alcun pregio e va integralmente disatteso, per le considerazioni qui di seguito indicate.

Con il primo mezzo di gravame, la Società ricorrente contesta entrambi i motivi d'esclusione, esaminandoli partitamente e con dovizia di particolari.

Per ciò che attiene alla difformità della cauzione prestata dal modello di riferimento indicato dalla *lex specialis* di gara, giova rammentare che quest'ultima prevede, per un verso, l'esclusione dalla gara per le offerte prive del documento comprovante l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria e, per altro verso, l'obbligo che tale cauzione recasse l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva, nella misura pari al 10% del valore d'aggiudicazione dell'appalto in argomento. Il § 4 della lettera d'invito stabilì altresì l'obbligo di redazione della fideiussione in conformità allo schema all. n. 3, il quale, a sua volta, precisò che le garanzie stesse, oltre a dover esser vigenti fino al loro svincolo, avrebbero dovuto prevedere espressamente che l'incameramento della cauzione, provvisoria e definitiva, fosse incondizionato. Ora, consta in atti che essa produsse una polizza fideiussoria, rilasciata da Assicurazioni \*\*\*\* s.p.a., recante, per vero ma in senso solo nominale, entrambi gli impegni, a garanzia sia della serietà dell'offerta, sia della prestazione della cauzione definitiva, se l'impresa fosse risultata aggiudicataria.

Nondimeno, non è revocato in dubbio dalla ricorrente che tale polizza pose per ben due volte, con riguardo, cioè, alla garanzia provvisoria ed all'impegno per quella definitiva, anche la clausola per cui ciascuna cauzione «... non potrà essere escussa dall'Ente appaltante in caso di mancata presentazione da parte della Ditta obbligata delle polizze di assicurazione così come previsto nel bando di gara...». Tralasciando in questa sede gli effetti nocivi di tale clausola sulla cauzione definitiva —che presuppone l'avvenuta aggiudicazione—, essa svuota di fatto il contenuto e la funzione della cauzione provvisoria. Invero, la cauzione provvisoria è preordinata, a sensi dell'art. 30, c. 1, II per. della l. 11 febbraio 1994 n. 109, a garantire la serietà dell'offerta ed a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario (arg. ex Cons. St., IV, 29 marzo 2001 n. 1840) —tant'è che è svincolata automaticamente al momento di tale sottoscrizione—, onde, nel settore dei lavori pubblici, è incondizionata ed a prima richiesta. Ebbene, l'apposizione della clausola limitativa della responsabilità del fideiussore la rende, se accettata *tout court* dalla stazione appaltante, non più atta ad impedire l'elusione, da parte dell'aggiudicatario, della stipulazione del contratto definitivo. La ragione è evidente: per un verso, in sede d'eventuale escussione della cauzione provvisoria il fideiussore esclude il suo impegno a rispondere, a prima richiesta della stazione appaltante, per una cauzione definitiva incondizionata —tale dovendo essere per espressa statuizione della *lex specialis* di gara—, la cui mancata sottoscrizione implica la non stipulazione del contratto. Per altro verso, dal canto suo, la cauzione definitiva non sarebbe potuta essere incondizionata, a causa della stessa volontà del garante di non rispondere anche per quegli elementi del contratto definitivo (quali le polizze assicurative di cui all'art. 30, c. 3 della l. 109/1994 ed agli artt.

103 e ss. del DPR 21 dicembre 1999 n. 554) l'inadempimento dei quali, che pure sono veri e propri obblighi contrattuali, esclude le basilari garanzie per l'ente appaltante e, quindi, implica la revoca dell'aggiudicazione. Da ciò discende che quest'ultimo è sfornito d'ogni idonea e seria garanzia per imporre all'aggiudicatario non solo la firma del contratto, ma anche dei connessi obblighi assicurativi e che, in tal caso, l'impresa può rimodulare a proprio vantaggio, meramente potestativo, gli obblighi negoziali, altrimenti inderogabili.

Pertanto, legittima s'appalesa l'esclusione della ricorrente, in quanto la predisposizione di siffatta fideiussione è sostanzialmente difforme non solo o non tanto da un modello predefinito, quanto, piuttosto, dal complesso delle regole della *lex specialis* sul punto, a loro volta del tutto coerenti, se non replicanti dell'art. 30, c. 1 della l. 109/1994 e dell'art. 100 del DPR 554/1999. Ed è ben noto che l'impresa partecipante ad una gara d'appalto pubblico è tenuta al rispetto delle regole di produzione documentale, non solo sotto il profilo formale-documentale, ma, soprattutto, per quanto attiene al contenuto sostanziale e concreto delle singole prescrizioni della *lex specialis*, in sé e come regola facente parte di un sistema concluso (cfr. il § 2, u. cpv. della lettera d'invito ed arg. ex Cons. St., V, 9 ottobre 2000 n. 5368). Né basta: la produzione di una garanzia sostanzialmente diversa dal modello stabilito dalla *lex specialis* concreta non già una mera irregolarità, bensì una vera e propria incompletezza dell'offerta, perché non soddisfa gli elementi essenziali richiesti dall'ordinamento per l'accesso alle gare ad evidenza pubblica e, come tale, giustifica l'esclusione dell'impresa (cfr., da ultimo, Cons. St., V, 4 aprile 2002 n. 1876). Da ciò discende l'irrelevanza dell'assunto attoreo, secondo cui l'espressa clausola d'esclusione per omessa sottoscrizione delle polizze assicurative ex artt. 103 e ss. del DPR 554/1999 fu espunta, a cura della stessa stazione appaltante, dall'art. 11 dello schema di contratto, giacché, come si vede, nella specie la difformità tra la fidejussione proposta dalla ricorrente ed il suo modello di riferimento, ancorché indirettamente riguardi proprio quelle polizze, in realtà si manifesta nell'impossibilità per l'appaltante stesso d'escutere incondizionatamente entrambe le cauzioni in caso d'inadempimento degli obblighi contrattuali.

In ordine, poi, al secondo motivo d'esclusione, la *lex specialis* di gara esclude espressamente, con riferimento all'art. 13, c. 1 della l. 109/1994, il subappalto per le opere della categoria OS 21, essendo opere strutturali speciali d'entità superiore all'aliquota di legge. Viceversa, l'ATI ricorrente ha dichiarato di voler subappaltare proprio tali opere, con un intendimento assai chiaro e tale, di conseguenza, di rendere inattendibile l'offerta attorea. Ora, la ricorrente ha obiettato che, in fondo, di tali lavori si vuol esclusivamente occupare la mandante, nel senso che detta ATI sarebbe di tipo verticale. Tuttavia, tutto ciò non s'evince chiaramente dalla dichiarazione di subappalto, essendo peraltro fatto constare in un momento successivo e, a tutto concedere, il contenuto di questa è ambiguo, perché non è idoneo ad escludere in radice la possibilità per la mandante di subappaltare dette opere.

Infine, è da rigettare è la domanda attorea sulla rimessione della questione alla Corte di giustizia dell'UE, in quanto le regole di gara testé evidenziate (e correttamente applicate dalla stazione appaltante) non sono irretite da violazione del principio di proporzionalità, essendo strettamente attuative, nel caso di specie, di norme primarie di per sé non irrazionali, emanate a garanzia dell'interesse pubblico sotteso all'evidenza pubblica ed a loro volta esecutive di principi di diritto comunitario.

Il ricorso va così respinto, mentre le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. 3°-ter, respinge il ricorso n. 5925/2003 in epigrafe.

Condanna l'ATI ricorrente al pagamento, a favore delle parti resistenti e costituite ed in solido tra loro, delle spese del presente giudizio, complessivamente liquidate in € 3000 (Euro tremila), oltre IVA e CPA come per legge.

Ordina all'Autorità amministrativa d'eseguire la presente sentenza.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 20 novembre 2003.

Francesco CORSARO, PRESIDENTE

Silvestro Maria RUSSO, ESTENSORE