

REPUBBLICA ITALIANA N. 2725/04 REG.DEC. IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
N. 6315 REG.RIC.II Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)
ANNO 2003 ha pronunciato la seguente DECISIONE sul ricorso in appello n: 6315/2003,
proposto da A.S.T. Azienda speciale tributi della città di Imperia, in persona del Direttore
generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Piergiorgio Alberti e dall'avv. Guido
Francesco Romanelli e elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Cosseria, n.
5. CONTROLA Publitop s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa
dall'avv. E. Siboldi che, unitamente all'avv. Maria Teresa Barbantini Fedeli la rappresenta e
difende e elettivamente domiciliata in Roma Viale Giulio Cesare 14 presso lo studio della
seconda; e nei confronti della S.I.D. s.a.s. non costituita in giudizio per l'annullamento della
sentenza del TAR della Liguria del 1° marzo 2003, n. 235/2003 che ha accolto il ricorso
avverso il provvedimento con il quale la Commissione di gara ha escluso la ricorrente dalla gara
d'appalto per pubblico incanto indetta dall'Azienda per l'affidamento della fornitura e posa in
opera degli impianti per affissione; e di ogni altro atto presupposto o conseguente. Visto l'atto di
appello con i relativi allegati; Visto l'atto di costituzione in giudizio dalla Publitop s.r.l.; Viste le
memorie difensive; Visti gli atti tutti della causa; Alla pubblica udienza del 20 Gennaio 2004,
relatore il Consigliere Lamberti ed uditi, altresì, gli avvocati Piergiorgio Alberti per l'appellante e
Arturo Meo per delega dell'avv. Maria Teresa Barbantini per l'appellata. FATTO Con la sentenza
in epigrafe è stato accolto il ricorso della Publitop s.r.l. contro l'esclusione dalla gara d'appalto
per pubblico incanto, indetta dall'Azienda Speciale Tributi della città di Imperia con il bando per
l'affidamento della fornitura e posa in opera degli impianti per le affissioni, in esecuzione della
delibera del Consiglio di Amministrazione n. 8 del 12 dicembre 2001. L'esclusione era stata
comminata sul rilievo che la polizza fideiussoria di cauzione provvisoria pari a 20.000,00 Euro
della Assicurazioni Generali non fosse conforme all'art. 8 del bando avendo validità di
centosettantotto giorni invece che centottanta dalla data di presentazione dell'offerta. Ad avviso
del primo giudice, è sempre necessario distinguere la durata della polizza fideiussoria da quella
relativa alla pattuizione interna, sia anche quando i termini di durata della polizza coincidano
con quelli prescritti dal bando, sia quando ciò con avvenga: l'amministrazione procedente non
avrebbe potuto omettere di esaminare le condizioni generali di contratto ed escludere, quindi,
un concorrente per la sola durata formale della polizza, come ha fatto la Commissione di gara
che ha escluso l'appellata Publitop sulla base del contenuto letterale del solo frontespizio della
polizza, il cui negozio sottostante avrebbe comunque dovuto indurla ad invitare la ricorrente a
sciogliere il dubbio sulla durata effettiva del contratto. Tale necessario scrutinio avrebbe, invero,
consentito anche di pervenire, cognita causa, allo stesso risultato di esclusione della ricorrente:
la variegata modulistica impiegata dagli istituti assicurativi unitamente alla richiamata struttura
negoziale complessa della fideiussione non consentivano, tuttavia, di sopravvalutare tout court
l'elemento formale della sedes materie. Nell'appello proposto avverso la decisione l'AST S.p.A
ha ribadito l'eccezione d'inammissibilità del ricorso in mancanza d'impugnativa dell'espressa
clausola del bando di gara, che subordinava la validità della garanzia al decorso del termine di
centottanta giorni. Ha poi addotto l'infondatezza delle censure accolte dalla decisione
impugnata, stante la prestazione di garanzia fideiussoria per un periodo più breve di quello
prescritto e data l'irrelevanza degli accordi fra il fideiussore ed il beneficiario del contratto
rispetto ai terzi, come deve considerarsi la stazione appaltante. Parimenti irrilevante sarebbe la
precisazione in data 5.3.2002 rilasciata dalle Assicurazioni generali, ove si dà atto che la
cauzione provvisoria sarebbe rimasta in essere sino alla svincolo da parte del beneficiario come
da art. 1 delle condizioni generali di assicurazione. Al fine di desumere la durata della garanzia,

sarebbero infatti inopponibili alla stazione appaltante le pattuizioni interne fra compagnia assicuratrice e impresa concorrente. La sentenza appellata non era poi da condividere sul punto che la commissione di gara avrebbe dovuto chiedere chiarimenti alla Publitop, in quanto tale onere può essere fatto valere per supplire a carenze documentali e non per integrare requisiti carenti nelle condizioni di partecipazione alla gara. Nel costituirsi in giudizio, la società Publitop ha addotto l'infondatezza dell'appello. Diritto Nell'appello avverso la sentenza in epigrafe che ha accolto il ricorso della Publitop s.r.l. -esclusa dall'appalto indetto per la fornitura e posa in opera degli impianti di affissione- l'A.S.T. (Azienda Speciale Tributi della città di Imperia) ha ribadito l'eccezione d'inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata impugnativa della clausola del bando che espressamente prescriveva in centottanta giorni la durata della garanzia per la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario mediante fideiussione bancaria o assicurativa in luogo della cauzione provvisoria di ventimila euro. L'eccezione va disattesa. Oggetto d'impugnazione non è invero la clausola riportata punto 8 lettera f) VIII periodo del bando di gara, ma l'applicazione che ne ha fatto la Commissione giudicatrice nell'escludere la Publitop nel corso delle operazioni di verifica delle offerte: la Commissione ha infatti ritenuto la documentazione della partecipante non in possesso dei requisiti sulla sola base dell'indicazione della decorrenza (dalle ore 24 dell'8 febbraio 2002 sino alle ore 24 dell'8 agosto 2002) riportata nella polizza fideiussoria delle Assicurazioni Generali. E ciò senza considerare il contenuto del contratto nel suo insieme oppure chiedere chiarimenti in merito, come previsto in tema di giusto procedimento dall'art. 3 della legge n. 2421/90 nonché dall'art. 15, del D.Lgs. n. 358/92 e dall'art. 16 del D.Lgs n. 157/95. La riconducibilità della lesione non alla specifica clausola, ma alle modalità seguite dalla Commissione aggiudicatrice nell'interpretarne e nell'applicarne il contenuto, vale a superare la necessità di impugnare direttamente il bando di gara, come ha sostenuto il primo giudice, la cui decisione deve essere confermata in punto di rito. Le censure al merito della decisione si incentrano per un verso sulla difformità del contenuto della polizza fideiussoria rispetto alle condizioni del bando di gara e, per altro verso, sull'inesistenza di un vero e proprio obbligo dell'amministrazione di chiedere chiarimenti al concorrente sulla documentazione presentata: sotto il primo aspetto sarebbe invalicabile il contenuto facciale della polizza e sotto il secondo sarebbe ravvisabile in calo all'amministrazione una semplice facoltà, il cui mancato avvalimento da parte della Commissione non è suscettibile di inficiarne l'operato. Gli assunti dell'appellante sono da disattendere sotto ambedue i profili. È innanzitutto apodittico l'assunto dell'appellante secondo cui le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto di assicurazione -perché riferite ai rapporti interni fra compagnia assicuratrice e impresa concorrente- non possano essere utilizzate al fine di desumere la durata della garanzia esterna sì che il termine del rapporto fideiussorio doveva riportarsi unicamente a quanto enunciato nel frontespizio della polizza. Va ricordato al proposito che la regola di interpretazione del negozio giuridico comporta l'onere di considerare le clausole del contratto nel loro complesso (art. 1363 c.c.) indagando dell'intenzione reale dei contraenti e valutando il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c.). Secondo le condizioni generali di assicurazione, riportate sul retro del certificato di assicurazione e richiamate nella descrizione dell'oggetto della polizza, la Società Assicurazioni Generali, fino a concorrenza del capitale indicato e fino al momento della liberazione della ditta obbligata, si costituiva fideiussore nell'interesse della ditta medesima, per le somme che questa fosse tenuta a corrispondere all'Ente appaltante in virtù degli obblighi derivanti dalla sua partecipazione alla gara di appalto indicata nella polizza. Il periodo di durata stabilito nella polizza aveva rilievo solo con riferimento alla determinazione del

premio spettante alla società assicuratrice, nei cui confronti l'assicurato era tenuto a pagare un supplemento di premio qualora la liberazione fosse avvenuta dopo il termine ... esclusa ogni eccezione nei confronti dell'ente appaltante. Interpretate secondo un criterio di valutazione in buona fede, le pattuizioni intercorse fra la compagnia assicuratrice e l'impresa partecipante alla gara erano sicuramente suscettibili di garantire l'Ente appaltante per il periodo di tempo indicato nella clausola del bando senza esporlo ad alcuna eccezione da parte della Compagnia, tenuta a rivalersi nei soli confronti del contraente per l'eventuale maggior periodo di validità della fideiussione prestata a copertura assicurativa della cauzione. La reale portata del rapporto per il periodo richiesto dal bando era del resto confermato anche dalla c.d. "appendice di polizza" datata 5 marzo 2002 e trasmessa all'Amministrazione dal legale della Publitoip successivamente all'esclusione: in quella sede era meglio specificata la reale durata della garanzia, nei cui confronti appariva doveroso per l'Amministrazione rivalutare la portata "facciale" del frontespizio del documento recante i termini di durata. È pertanto parimenti indimostrata l'univocità del termine finale di durata della garanzia per la stazione appaltante riportata sul frontespizio della polizza fideiussoria, come anche ha sostenuto l'appellante. L'obbligo assunto dalla società assicuratrice di non liberarsi prima della fine della procedura di gara e sino a quando la stazione appaltante avesse ritenuto necessaria la copertura cauzionale, consentiva di riportare il termine indicato ai rapporti fra la compagnia ed il contraente privato, tenuto ad un maggior onere economico per il prolungamento della garanzia a vantaggio della stazione appaltante secondo quanto espressamente richiesto dal bando. La reale portata della garanzia idonea ad espletare gli effetti propriamente voluti dall'amministrazione e dal contraente -soltanto in capo al quale rimaneva l'obbligo dei conguagli da determinare in base all'effettiva durata dalla copertura fideiussoria- vale ad escludere ogni violazione della par condicio e ad attivare l'obbligo dell'amministrazione richiedere i necessari chiarimenti come oramai postula l'applicazione del principio del giusto procedimento, affermato da questo stesso Consiglio in una precedente analogo (Cons. Stato, V, 1 ottobre 2000, n. 5194). La possibilità che l'art. 15, del D.Lgs. n. 358/92 e l'art. 16 del D.Lgs n. 157/95 pone a carico delle amministrazioni di invitare le imprese concorrenti a completare o fornire i chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni, rappresenta concreta applicazione e completamento del criterio del giusto procedimento introdotto dell'art. 3 della legge n. 241/90. Criterio la cui violazione ben può essere riconosciuta sintomatica di un comportamento -non necessariamente in mala fede- dell'amministrazione che, in luogo di valutare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni del bando di gara, ha ritenuto fermarsi al contenuto estrinseco e formale del documento recante i requisiti della fideiussione, senza valutare la possibilità di ammettere parimenti la ricorrente alla gara, in ossequio alla regola di maggior concorrenzialità. La sentenza di primo grado va conclusivamente confermata e respinto l'appello dell'A.S.T. Le spese di giudizio vanno compensate per giusti motivi. P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello, confermando la decisione impugnata e compensa fra le parti le spese del presente grado. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 20 Gennaio 2004 con l'intervento dei Sigg.ri: Pres. Emidio Frascione Presidente Cons. Raffaele Carboni Consigliere Cons. Paolo Buonvino Consigliere Cons. Cesare Lamberti Consigliere, est. Cons. Aldo Fera Consigliere L'ESTENSORE IL PRESIDENTE f.to Cesare Laberti f.to Emidio Frascione IL SEGRETARIO f.to Antonietta Fancello DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 4 MAGGIO 2004 (Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186) IL DIRIGENTE f.to Antonio Natale