



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 23 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Almaviva Contact Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Claudio Cataldi, Tommaso Di Nitto, Luisa Torchia, con domicilio eletto presso Studio Legale Torchia Avv. Luisa E Altri Stp in Roma, via Sannio, 65;

contro

Soc Sogei Societa' Generale D'Informatica Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Mirabile, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Borgognona, 47;

nei confronti di

Soc Gepin Contact Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Gioia Vaccari, con domicilio

eletto presso il suo studio in Roma, v.le Gioacchino Rossini, 18;

per l'annullamento

- della nota 23.11.2010 della SOGEI, ricevuta in data 1.12.2010, avente ad oggetto aggiudicazione della gara per l'affidamento di contact center per gli utenti del sistema informativo della fiscalita' - (gara E1024) - lotto 1;
- della graduatoria per l'affidamento del servizio, dei verbali di valutazione delle offerte, della nota dell'8.10.2010 con la quale è stato chiesto a Gepin Contact di fare pervenire chiarimenti sulla fideiussione resa;
- del verbale della seduta di accesso del 13.1.2011;
- di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc Sogei Societa' Generale D'Informatica Spa e di Soc Gepin Contact Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, con il gravame in esame, ha chiesto l'annullamento di tutti gli atti indicati in epigrafe e, in particolare, del provvedimento di

aggiudicazione del servizio di contact center per gli utenti del servizio informativo della fiscalità, lotto 1, alla società Gepin Contact s.p.a.; ha altresì chiesto l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto oltre al risarcimento dei danni.

Con primo motivo di censura, in particolare, la ricorrente lamenta l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara di Gepin Contact, per avere quest'ultima società presentato una garanzia provvisoria difforme rispetto a quanto richiesto, a pena di esclusione, dal paragrafo 5.2 lett. B del disciplinare di gara, perché sprovvista della rinuncia da parte del garante alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c..

Con il secondo motivo di ricorso lamenta poi la violazione del principio della giusta retribuzione, delle norme della contrattazione collettiva del settore e la violazione dell'art. 87 comma 3 del d. lgs. 163/2006, avendo l'offerta di Gepin violato i livelli minimi di retribuzione del personale.

Con gli ulteriori motivi di ricorso, infine, la ricorrente rileva la violazione del principio del collegio perfetto, la violazione del precetto di cui all'art. 84 comma 2 del d. lgs. 63/2006, la violazione del principio di trasparenza e dell'obbligo di motivazione degli atti di gara, il diniego alle richieste di accesso.

Le censure sono state ribadite ed integrate con il ricorso per motivi aggiunti.

Si sono costituite le parti intimiate per resistere al gravame.

Disposta la sospensione cautelare degli effetti degli atti impugnati, alla pubblica udienza del giorno 9 marzo 2011 la causa è stata trattenuta

per la decisione nel merito.

DIRITTO

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente assume la violazione della *lex specialis* di gara, nonché la violazione dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006 e del principio di par condicio fra i concorrenti, per avere la stazione appaltante ammesso alla gara la controinteressata, pur avendo questa presentato a titolo di garanzia provvisoria una polizza fideiussoria non conforme alle prescrizioni del disciplinare di gara e dopo avere richiesto alla concorrente una inammissibile integrazione del contenuto del documento.

Sostiene in particolare la ricorrente che la garanzia fideiussoria prestata dalla società Gepin, pur contenendo una clausola del tipo “ a prima richiesta”, non prevedeva l'espressa rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c., come invece prescritto dal disciplinare di gara al punto 5.2.lett. b, ed era piuttosto corredata da una dichiarazione di salvezza delle azioni di legge per il caso che le somme pagate dal garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute (all'art. 6 delle condizioni generali di fideiussione allegata alla garanzia).

Illegittimamente dunque la stazione appaltante avrebbe consentito alla Gepin di fornire chiarimenti sul contenuto della garanzia (con conseguente precisazione della valenza della garanzia in modo autonomo rispetto alle eccezioni relative al rapporto obbligatorio garantito) che si sono risolti in una effettiva integrazione della portata effettuale della garanzia originariamente prestata.

Assumono, al contrario, la stazione appaltante e la società Gepin che

la garanzia prestata, in quanto destinata ad operare, per quanto in essa espressamente previsto sin dall'inizio, a prima richiesta, entro 15 giorni, su semplice richiesta dell'ente garantito, in modo incondizionato, pur non contenendo l'espressa rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c., avrebbe dovuto comunque essere qualificata in termini di contratto autonomo di garanzia, integrando quindi il contenuto sostanziale prescritto dal disciplinare di gara.

Tutte le parti pretendono di fondare i propri assunti su quanto stabilito dal Consiglio di Stato, sezione quarta, con recente sentenza (n. 8354/2010), la quale ha riformato la sentenza di questa Sezione n. 14882 del 3 giugno 2010, resa in fattispecie analoga.

Il richiamato decisum fonda su tre argomenti:

a) La presenza nelle garanzie fideiussorie della sola clausola "a prima richiesta" non vale a caratterizzare la garanzia come autonoma, avendo piuttosto il mero effetto di rafforzare l'esclusione del beneficio della preventiva escussione del debitore garantito, e non comportando affatto anche l'impossibilità per il fideiussore di opporre le eccezioni spettanti al medesimo debitore principale, occorrendo per tale ultima finalità un'ulteriore dichiarazione la quale, ancorché non cristallizzata in formule sacramentali, manifesti chiaramente l'intento di rinunciare a dette eccezioni (come, ad esempio, con il semplice inciso "*senza eccezioni*").

b) la presenza di una clausola esplicita di salvezza delle azioni di legge, per le ipotesi in cui le somme pagate dal garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute, deve indurre ad escludere il

carattere autonomo della garanzia in mancanza di clausola esplicita di rinuncia alle facoltà di opporre eccezioni;

c) soltanto in presenza di una clausola di rinuncia alla facoltà di opporre eccezioni, sia pure genericamente formulata con il ricorso alla espressione “senza eccezioni” , è possibile per la stazione appaltante chiedere chiarimenti in ordine al contenuto della garanzia, per verificarne la conformità alle prescrizioni della *lex specialis*; mentre, allorché la garanzia preveda soltanto la clausola “a prima richiesta”, senza che la rinuncia alle eccezioni relative al rapporto obbligatorio garantito sia evincibile dal tenore complessivo dell’atto, è contraria al principio di par condicio fra i concorrenti la successiva integrazione del contenuto della garanzia tale da renderla autonoma rispetto al rapporto sottostante.

L’opzione interpretativa descritta, parzialmente differente da quella proposta dalla Sezione con la sentenza oggetto di riforma, esclude qualsiasi possibilità di interpretazione di tipo sostanzialistico del contenuto della garanzia, ribadendo la natura precettiva ed inderogabile delle previsioni della *lex specialis* di gara che prescrivano il carattere esplicito della rinuncia alle eccezioni relative al rapporto obbligatorio garantito.

L’esigenza di garantire la definizione del contenzioso sul punto in maniera univoca e coerente induce la Sezione a conformarsi agli assunti del giudice di secondo grado.

La fattispecie all’esame del Collegio va quindi valutata in concreto, riconducendola nell’ambito della cornice argomentativa sopra

descritta.

Occorre quindi prendere in esame il contenuto della garanzia prestata dalla società Gepin in base al dato formale, tenendo conto di quanto espressamente e puntualmente prescritto dal disciplinare di gara (per il quale la garanzia deve prevedere *“la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e il pagamento incondizionato entro il termine di quindici giorni dalla semplice richiesta scritta della SOGEI, con rinuncia del fideiussore alle eccezioni di cui agli artt. 1945 e 1957 secondo comma c.c.”*).

Il documento presentato da GEPIN conteneva l'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e l'obbligo del garante di pagamento in modo incondizionato entro il termine di 15 giorni dalla richiesta scritta, con esplicita rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1957 ma non anche alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c.

Soltanto a seguito di richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante il garante ha precisato che il contenuto della garanzia doveva essere inteso come comprensivo della rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 cc.

Ritengono i resistenti che il riferimento originariamente contenuto nella garanzia prestata da GEPIN all'obbligo di pagamento in maniera incondizionata, entro il termine di quindici giorni dalla richiesta scritta da parte della SOGEI, assuma la valenza propria di una clausola di rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c, ricordando che la Suprema Corte di Cassazione, con la decisione delle Sezioni Unite n. 3947/2010, ha chiarito come il carattere autonomo della garanzia sia

desumibile dalla presenza sia della clausola “senza eccezioni” sia di clausole analoghe che, considerate alla luce del contesto complessivo dell’atto, si risolvano comunque nella inopponibilità al creditore garantito delle eccezioni spettanti al debitore principale.

L’assunto non può essere condiviso proprio alla luce delle indicazioni desumibili dalla pronuncia del Consiglio di Stato sopra menzionata.

Va in primo luogo osservato come l’obbligo di pagamento in maniera incondizionata, previsto dalla garanzia resa dalla GEPIN, non si risolve in maniera univoca nella rinuncia alle eccezioni relative al rapporto di base, essendo piuttosto inserito nella clausola c.d. “a prima richiesta” che, come chiarito dal giudice d’appello, non rimanda in alcun modo al regime delle eccezioni sostanziali .

L’impossibilità di leggere il riferimento all’obbligo di pagamento in modo incondizionato entro quindici giorni dalla richiesta scritta in termini di rinuncia alle eccezioni trova poi conferma – nella prospettiva interpretativa suggerita dal Consiglio di Stato – nella esplicita previsione, contenuta nella garanzia, di salvezza delle azioni di legge, per le ipotesi in cui le somme pagate dal garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute.

Detta previsione infatti, in mancanza di una clausola esplicita di rinuncia alle eccezioni di cui all’art. 1945 c.c., si ricollega alla disciplina generale propria delle garanzie fideiussorie caratterizzata dal principio dell’accessorietà dell’obbligazione del garante rispetto a quella garantita e vale ad escludere il carattere autonomo della garanzia.

Inoltre – sempre come ribadito dal Consiglio di Stato nella disamina

di fattispecie analoga - il disciplinare di gara imponeva, sotto comminatoria di esclusione, la duplice dichiarazione espressa, introducendo una prescrizione ulteriore (con riferimento alla rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945) rispetto alle prescrizioni di cui all'art. 75 comma 4 del codice dei contratti, ripreso dal bando di gara; cosicchè la garanzia prestata da GEPIN, benchè conforme all'art. 75 co. 4 del d. lgs. 163/2006 e al bando di gara, non poteva essere ritenuta conforme al disciplinare non contenendo esplicita rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c.

Né può dubitarsi della vincolatività e della legittimità delle prescrizioni previste dal disciplinare, ed ulteriori rispetto a quelle contenute nel bando di gara, considerato, per un verso, che il bando rinviava al disciplinare "per ogni ulteriore notizia" in merito alle condizioni di partecipazione alla gara (punto VI.3 del bando) e, per altro verso, che , come osservato dal Consiglio di Stato nella più volte citata decisione, l'imposizione ai concorrenti di una garanzia più stringente non può dirsi preclusa in astratto alle amministrazioni aggiudicatrici, ove ragionevolmente riconducibile all'esigenza di assicurare una più sicura affidabilità economica e solvibilità dell'affidatario.

Conseguentemente deve essere ritenuta assunta in violazione dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006 la precisazione resa successivamente, su richiesta della commissione aggiudicatrice, sulla rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 c.c.: escluso infatti che la garanzia resa agli atti di gara contenesse ab origine detta rinuncia, la precisazione successiva si è risolta in una integrazione dei documenti inerenti le condizioni di

partecipazione alla gara, in quanto tale lesiva del principio di par condicio fra i concorrenti.

In base a tutto quanto esposto appare allora fondato il primo motivo di ricorso e confermata l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara della società GEPIN; ne consegue l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara della quale va quindi disposto l'annullamento, previo assorbimento degli ulteriori motivi di gravame. Considerati poi gli effetti delle misure cautelari adottate, va invece rigettata la domanda di risarcimento dei danni.

Le spese possono essere interamente compensate fra le parti in considerazione dei contrasti registratisi sulla questione in giurisprudenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati secondo quanto disposto in parte motiva.

Compensa spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/03/2011

IL SEGRETARIO

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