

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Escussione di una polizza fideiussoria –Esclusione di un concorrente dalla gara - Controversia - Diritti derivanti dalla polizza - Giurisdizione del g.o. - Sussistenza dei presupposti di esclusione - Giurisdizione del g.a.

Cass. civ., Sez. Unite, 31 marzo 2021, n. 9005

- in *Studium iuris*, 11, 2021, pag. 1369.

“[...] la controversia avente ad oggetto l'escussione di una polizza fideiussoria a cui una stazione appaltante abbia proceduto, ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 48 a seguito dell'esclusione di un concorrente dalla gara - per non avere il medesimo fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito - rientra nella giurisdizione dell'a.g.o. ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza, con riguardo, esemplificativamente, all'entità delle somme dovute, ai tempi e modalità del pagamento, all'individuazione dei soggetti obbligati; rientra, per contro, nella giurisdizione del giudice amministrativo ove si discuta della sussistenza dei presupposti di esclusione del concorrente dalla gara [...]”.

Svolgimento del processo

1. La società FARVIMA MEDICINALI s.p.a. (di seguito, FARVIMA) ebbe a partecipare ad una procedura di aggiudicazione ad evidenza pubblica indetta nel dicembre 2015 dalla stazione appaltante CO.FA.SER., Consorzio Farmacie Servizi, per la fornitura di medicinali di fascia A e C - per la durata di trentasei mesi ed il valore di 16 milioni di Euro - alle farmacie comunali gestite dal Consorzio.
2. Per partecipare alla gara FARVIMA depositò, a titolo di cauzione provvisoria, una polizza fideiussoria stipulata con la società Elba Assicurazioni s.p.a.
3. Con verbale del 30.6.2016 CO.FA.SER. deliberò l'esclusione dalla gara di FARVIMA per non avere questa ottemperato alla richiesta, formulata dalla stazione appaltante ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 48, comma 2, di fornire la documentazione comprovante il possesso del "requisito di cui al punto 11, lett. C) del Disciplinare di Gara, non avendo trasmesso, così come invitata a fare, alcuna certificazione relativa all'avvenuta esecuzione di prestazioni di fornitura di farmaci oggetto dell'appalto per un valore medio annuo pari ad Euro 10.000.000".
4. Di seguito all'esclusione di FARVIMA dalla gara, non impugnata davanti al giudice amministrativo, CO.FA.SER. procedette all'escussione della polizza fideiussoria - inutilmente

contrastata da FARVIMA con ricorso ex art. 700 c.p.c. rigettato dal Tribunale di Milano - e ottenne da Elba Ass.ni il versamento dell'importo di Euro 160.000.

5. Invitata da Elba Ass.ni al rimborso di quanto versato alla stazione appaltante, FARVIMA convenne davanti al Tribunale di Milano il Consorzio appaltante e la società Elba Ass.ni, proponendo le seguenti domande:

a) accertare l'inesistenza del diritto di CO.FA.SER. di escutere la polizza fideiussoria, non essendo essa attrice venuta meno agli obblighi su di lei gravanti in ragione della propria partecipazione alla gara;

b) accertare l'inesistenza del proprio obbligo di rimborsare ad Elba Ass.ni la somma dalla stessa versata a CO.FA.SER.;

c) in ipotesi, condannare CO.FA.SER. a manlevarla di qualsiasi somma essa avesse dovuto riversare ad Elba Ass.ni.

6. Il tribunale si dichiarò carente di giurisdizione, in favore del giudice amministrativo, in ordine alle domande sub a) e sub c) e rigettò la domanda sub b); accolse, per contro, la domanda di regresso proposta da Elba Ass.ni in via riconvenzionale.

7. La Corte di appello di Milano ha confermato integralmente la pronuncia del tribunale sulla scorta delle seguenti argomentazioni.

7.1. Quanto alla domanda sub a), relativa al rapporto tra il Consorzio appaltante ed Elba Ass.ni, ed alla domanda sub c), relativa al rapporto tra il Consorzio appaltante e FARVIMA, la corte ambrosiana ha affermato che tali domande, pur avendo ad oggetto diritti direttamente o indirettamente derivanti dalla polizza fideiussoria, si risolvevano in una richiesta di accertamento in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione dell'attrice dalla gara; provvedimento di cui l'escussione della fideiussione costituiva atto consequenziale vincolato D.Lgs. n. 163 del 2006, ex art. 48. Dette domande, pertanto, dovevano ritenersi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in quanto aventi ad oggetto atti anteriori alla stipula del contratto ed alla stessa aggiudicazione.

7.2. Quanto alla domanda sub b), relativa al rapporto tra FARVIMA ed Elba Ass.ni, ed alla speculare domanda di regresso proposta da Elba Ass.ni in via riconvenzionale, la corte d'appello ha rigettato la principale ed ha accolto la riconvenzionale, argomentando, per un verso, che la polizza si atteggiava quale contratto autonomo di garanzia, cosicchè l'azione di regresso del garante avrebbe potuto essere paralizzata solo dall'exceptio doli; per altro verso, che, in ogni caso, FARVIMA si era effettivamente resa inadempiente agli obblighi su di lei gravanti, non avendo ottemperato alla legittima richiesta del Consorzio di documentare un requisito di partecipazione alla gara.

8. La sentenza della Corte d'appello di Milano è stata impugnata da FARVIMA con ricorso per cassazione articolato in tre motivi. Sia CO.FA.SER. che Elba Ass.ni hanno depositato controricorso. La causa è stata discussa nella pubblica udienza dell'1 dicembre 2020, per la quale entrambi i contro ricorrenti hanno depositato memoria ex art. 378 c.p.c. e nella quale il Procuratore Generale presso questa Corte ha chiesto il rigetto del ricorso.

Motivi della decisione

9. Con il primo motivo FARVIMA censura la statuizione della corte territoriale che ha declinato la giurisdizione, in favore del giudice amministrativo, sulle domande sintetizzate nel precedente paragrafo 5 sub a) e sub c). Tale declinatoria contrasterebbe con il principio fissato da queste Sezioni Unite nella sentenza n. 17741/2015, così massimata: "la controversia avente ad oggetto l'escussione, da parte del comune, di una polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'adempimento di obblighi ed oneri assunti dal partecipante ad una gara di appalto di opere pubbliche, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la domanda di accertamento dell'inesistenza della debenza dell'importo preteso dall'ente e di manleva in relazione a quanto eventualmente da pagarsi a quest'ultimo riguardano comunque il rapporto privatistico inerente la garanzia". Alla stregua di tale sentenza, secondo la ricorrente, il giudice ordinario avrebbe giurisdizione tanto sulla domanda di accertamento negativo del diritto di CO.FA.SER. di escutere la polizza fideiussoria quanto sulla domanda di condanna di CO.FA.SER. a tenere essa FARVIMA indenne dalle pretese di Elba Ass.ni.

10. Il motivo non può trovare accoglimento. La ricorrente, infatti, attribuisce alla sentenza di questa Corte n. 17741/2015 una portata maggiore di quella che alla stessa va riconosciuta.

11. E' necessario premettere, al riguardo, che il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 48 applicabile nella specie *ratione temporis*, prevede che, quando il concorrente non abbia fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito, "le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'art. 6, comma 11."

12. Il tenore letterale della suddetta disposizione rende manifesto che tra l'esclusione del concorrente dalla gara e l'escussione della cauzione provvisoria sussiste un nesso di consequenzialità automatica, come, del resto, persuasivamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa; tra le tante, si veda Cons. Stato, V, 28 dicembre 2017 n. 6148, che ha riaffermato il costante orientamento del Consiglio di Stato alla cui stregua l'incameramento della cauzione, ai

sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, artt. 48 e 75 costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione per il riscontro del difetto dei requisiti dichiarati e non richiede la prova della colpa del concorrente nel rendere le dichiarazioni, nè impone o consente alla stazione appaltante di valutare discrezionalmente il caso concreto al fine di procedere o meno all'applicazione della misura (p. 4);

concludendo, quindi, nel senso che: "risulta coerente con la lettera della legge la configurazione dell'escussione della cauzione come misura che consegue automaticamente al provvedimento di esclusione, in presenza dei soli presupposti che legittimano quest'ultimo" (p. 4.1); cosicchè "non vi è dubbio che l'automatismo tra esclusione dalla gara ed escussione della cauzione postuli lo svolgimento di un procedimento unitario, volto all'accertamento dei requisiti di partecipazione e all'adozione delle misure espulsive e sanzionatorie in caso di accertata mancanza dei requisiti richiesti nel bando di gara" (p. 4.1); in termini, vedi anche, più di recente, Cons. Stato Sez. V, 21 gennaio 2020, n. 479.

13. Alla luce dell'evidenziato automatismo tra incameramento della cauzione ed esclusione dalla gara, deve quindi precisarsi che il principio, affermato da queste Sezioni Unite nella menzionata sentenza n. 17441/15 (p. 3.1), secondo cui "la domanda di accertamento dell'inesistenza della debenza dell'importo preteso dall'ente e di manleva in relazione a quanto eventualmente da pagarsi a quest'ultimo riguardano comunque il rapporto privatistico inerente la garanzia" riguarda solo le ipotesi in cui la domanda di accertamento negativo del diritto della stazione appaltante di escutere la garanzia non si fonda sulla contestazione delle ragioni, concernenti la violazione delle regole della procedura concorsuale, che sorreggono tanto il provvedimento di esclusione dalla gara quanto il provvedimento di escussione della garanzia; come, ad esempio, nel caso in cui la controversia verta sull'importo risultante dalla polizza o sui tempi e modalità del pagamento o sull'individuazione del soggetto obbligato al pagamento stesso.

14. Per contro, nel caso in cui la domanda di accertamento negativo del diritto della stazione appaltante di escutere la garanzia si fonda sulla contestazione delle ragioni, concernenti la violazione delle regole della procedura concorsuale, poste a fondamento del provvedimento di esclusione dalla gara, deve darsi seguito a quanto queste stesse Sezioni Unite hanno affermato nella sentenza n. 540 del 2019, ossia che, in materia di appalti pubblici, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'incameramento della cauzione prestata dalla partecipante alla gara, poi esclusa dalla stessa, trattandosi di questione che non attiene alla fase esecutiva del rapporto, mai sorto, ma a quella deliberativa dell'aggiudicazione, in cui si configurano poteri pubblicistici della stazione appaltante, dipendendo la sorte della

cauzione dall'adozione del provvedimento amministrativo di esclusione dalla gara, che ne è il presupposto e alla cui legittimità occorre aver riguardo.

15. Tale conclusione non contrasta con i precedenti di queste Sezioni Unite (pronunce nn. 4319/2010, 9592/2012, 12866/2020) che hanno affermato che la controversia avente ad oggetto l'escussione, da parte del Comune, di una polizza fideiussoria concessa a garanzia di somme dovute per oneri di urbanizzazione e a titolo di penali, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario e non in quella esclusiva del giudice amministrativo in materia di urbanistica ed edilizia, attesa l'autonomia tra i rapporti in questione. Nelle fattispecie oggetto di tali pronunce, infatti, difettava proprio il tratto che caratterizza la fattispecie dell'incameramento della cauzione provvisoria del concorrente escluso D.Lgs. n. 163 del 2006, ex art. 48 ossia il nesso di automaticità tra l'escussione della fideiussione ed un provvedimento amministrativo.

16. La conclusione enunciata nel precedente paragrafo 14 non risulta distonica nemmeno con i precedenti di queste Sezioni Unite n. 12901 del 2013 e n. 2507 del 2015, richiamati nella suddetta sentenza n. 17441/15. Detti precedenti, infatti, sono entrambi relativi a vicende nelle quali una pubblica amministrazione ha escusso una polizza fideiussoria in danno di un contraente privato in ragione dei pretesi inadempimenti di quest'ultimo alle obbligazioni sul medesimo contrattualmente gravanti (si veda l'ordinanza n. 12901 del 2013 a pagina 12, p. 6, e l'ordinanza n. 2507 del 2015 a pagina 27, p.7.3); vicende che quindi, a differenza dal caso qui in esame, si collocavano a valle della stipula del contratto tra il privato e la pubblica amministrazione.

17. In conclusione, dando seguito a Cass. SSUU n. 540 del 2019, il principio di diritto enunciato nella sentenza di queste Sezioni Unite n. 17441/15 va precisato nei seguenti termini: la controversia avente ad oggetto l'escussione di una polizza fideiussoria a cui una stazione appaltante abbia proceduto, ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 48 a seguito dell'esclusione di un concorrente dalla gara - per non avere il medesimo fornito la prova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito - rientra nella giurisdizione dell'a.g.o. ove si discuta esclusivamente dei diritti derivanti dalla polizza, con riguardo, esemplificativamente, all'entità delle somme dovute, ai tempi e modalità del pagamento, all'individuazione dei soggetti obbligati; rientra, per contro, nella giurisdizione del giudice amministrativo ove si discuta della sussistenza dei presupposti di esclusione del concorrente dalla gara.

18. Il primo motivo di ricorso va dunque rigettato e sulle domande sintetizzate nei punti sub a) e sub c) del paragrafo 5 che precede va confermata la giurisdizione del giudice amministrativo, esclusiva ex art. 133, lett. e), n. 1 c.p.a..

19. Con il secondo motivo di ricorso, riferito all'art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5 si denuncia la violazione degli artt. 1362, 1363 c.c., art. 1936 c.c., comma 1, artt. 1941 e 1945 c.c. e si censura la statuizione dell'impugnata sentenza con cui la polizza fideiussoria viene qualificata come contratto autonomo di garanzia. La ricorrente argomenta che "se è vero che la garanzia contiene l'indicazione per cui il pagamento da parte della Elba Ass.ni s.p.a. sarebbe avvenuto dietro "semplice richiesta scritta" della stazione appaltante, è altrettanto vero che la garanzia esaminata dalla Corte d'Appello non contiene un'espressa deroga all'art. 1945 c.c., anzi prevede la rinuncia alla compagnia assicurativa al beneficio della preventiva escussione ex art. 1944 c.c." (pag. 14 del ricorso, ultimo capoverso).

20. La doglianza non può essere accolta. L'impugnata sentenza dopo aver ricordato che il D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 75 prevede il contenuto necessario della polizza fideiussoria, stabilendo che la stessa deve comprendere la rinuncia al beneficio dell'escussione, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2 nonché l'operatività della garanzia entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante - conclude nel senso che la polizza rilasciata dalla Elba Ass.ni si atteggiava in termini di contratto autonomo di garanzia, con conseguente preclusione, per il garante, di qualunque eccezione relativa al debito principale. La ricorrente censura tale interpretazione negoziale senza però indicare - al di là della generica evocazione (in rubrica) degli artt. 1362 e 1363 c.c. - quali canoni di ermeneutica negoziale sarebbero stati violati, e per quale ragione, dalla corte territoriale; cosicché la censura si risolve, in definitiva, in una inammissibile contrapposizione tra l'interpretazione contrattuale operata dal giudice di merito e quella ritenuta preferibile dalla parte. Va qui, infatti, ancora una volta ribadito il fermo orientamento di questa Corte alla cui stregua il sindacato di legittimità non può investire il risultato interpretativo in sé, che appartiene all'ambito dei giudizi di fatto riservati al giudice di merito, ma afferisce solo alla verifica del rispetto dei canoni legali di ermeneutica e della coerenza e logicità della motivazione adottata, con conseguente inammissibilità di ogni critica alla ricostruzione della volontà negoziale operata dal giudice di merito che si traduca in una diversa valutazione degli stessi elementi di fatto da questi esaminati (così, tra le tante, Cass. Sez. III, n. 2465 del 2015).

21. Va peraltro aggiunto, con specifico riguardo alla denunciata violazione degli artt. 1941 e 1945 c.c., che l'impugnata pronuncia, là dove ha valorizzato, tra l'altro, il rilievo che la polizza di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 75 prevede l'operatività della garanzia entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante, risulta allineata al principio, espresso da queste

Sezioni Unite con la sentenza n. 3947 del 2010, che l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sè a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale; e va ancora sottolineato che nel motivo di ricorso non viene indicata alcuna previsione della polizza fideiussoria che integrasse una evidente discrasia rispetto alla qualificazione della stessa in termini di contratto autonomo di garanzia.

22. Il secondo motivo di ricorso va dunque, in definitiva, rigettato.

23. Con il terzo motivo la ricorrente censura la statuizione con cui la corte d'appello ha ritenuto legittima l'escussione della polizza e, quindi, dovuto il versamento dell'importo richiesto dalla stazione appaltante alla Elba Ass.ni e, conseguentemente, fondata la domanda di regresso da quest'ultima proposta nei confronti della FARVIMA. Nel mezzo di impugnazione si critica, in particolare, l'assunto dell'impugnata sentenza secondo cui FARVIMA, avendo trasmesso alla stazione appaltante soltanto i propri bilanci, sarebbe risultata inadempiente all'onere, sulla stessa gravante ai sensi dell'art. 14 del disciplinare di gara, di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dal bando mediante la produzione, oltre che dei bilanci, anche di "ogni altro atto o documento idonee a dimostrare quanto dichiarato in sede di gara". Secondo la ricorrente tale assunto violerebbe la lettera del disciplinare di gara, in quanto addosserebbe al concorrente l'onere di produrre documenti diversi da quelli indicati nel disciplinare di gara, illegittimamente richiesti dalla stazione appaltante con atti successivi all'indizione della procedura di gara.

24. Il motivo va giudicato inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente. Con il rigetto del secondo motivo di ricorso, infatti, si determina il passaggio in giudicato della statuizione secondo cui Elba Ass.ni non poteva opporre alla stazione appaltante le eccezioni che spettavano al concorrente escluso (salva l'exceptio doli); cosicchè l'eventuale fondatezza del terzo motivo, non potrebbe comunque portare alla cassazione delle statuizioni di rigetto della domanda di accertamento negativo dell'obbligazione di regresso di FARVIMA nei confronti di Elba Ass.ni e di contestuale accoglimento della domanda di regresso da quest'ultima proposta in via riconvenzionale. Tali statuizioni risultano infatti fondate su una duplice ratio decidendi, vale a dire, in primo luogo, l'argomento che Elba Ass.ni non poteva opporre alla stazione appaltante le eccezioni spettanti a FARVIMA e, in secondo luogo, l'argomento dell'infondatezza dell'eccezione all'escussione della polizza sollevata da FARVIMA sull'assunto di avere adempiuto all'onere di provare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Poichè la prima ratio decidendi resiste all'impugnazione portata con il secondo motivo di ricorso, viene meno l'interesse della ricorrente

all'esame del terzo motivo di ricorso, il cui eventuale accoglimento, si ripete, non potrebbe condurre alla cassazione della statuizione di accoglimento della domanda di regresso di Elba Ass.ni. (tra le tante, per il principio che l'infondatezza delle censure mosse ad una delle plurime rationes decidendi rende inammissibili, per sopravvenuto difetto di interesse, le censure relative alle altre ragioni esplicitamente fatte oggetto di doglianza, si veda, tra le tante, Cass. n. 11493/2018).

25. In definitiva il ricorso va rigettato in relazione a tutti i motivi in cui esso si articola.

26. Le spese seguono la soccombenza.

27. Deve altresì darsi atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, del raddoppio del contributo unificato D.P.R. n. 115 del 2002, ex art. 13, comma 1-quater, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna la società ricorrente a rifondere alle parti controricorrenti le spese del giudizio di cassazione, che liquida in Euro 6.000, oltre Euro 200 per esborsi ed accessori di legge, per ciascuna parte controricorrente.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della società ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis se dovuto.

Si dà atto che la presente sentenza è firmata dal solo presidente del collegio per impedimento dell'estensore, cons. Antonello Cosentino, ai sensi dell'art. 132 c.p.c., comma 3, in conformità al disposto del decreto del Primo Presidente della Corte di cassazione n. 163/2020, recante integrazione delle Linee guida sull'organizzazione della Corte di cassazione nell'emergenza COVID 19.

Conclusione

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 1 dicembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 31 marzo 2021