

L'onere dell'impegno alla cauzione definitiva non viene meno solo perché l'impresa risultata aggiudicataria ha prodotto, a titolo di cauzione provvisoria, un assegno circolare e non un atto di fidejussione: le modalità di prestazione dell'una (provvisoria) non influenzano gli obblighi previsti per l'altra (definitiva), svolgendo esse funzioni distinte ma dovendo essere prestate contestualmente

Merita di essere segnalata la decisione numero 3183 del 15 giugno 2001 del Consiglio di Stato in quanto chiarisce, in modo molto preciso, che non accompagnare la cauzione provvisoria con l'impegno a fare la definitiva, è causa di esclusione dalla procedura:

mentre il giudice di primo grado ammette che:

<Le espressioni scelte dall'Amministrazione sarebbero risultate oscure circa l'ambito oggettivo dell'onere di presentare l'impegno del fidejussore, "non essendo chiarito se la presentazione riguardasse solo coloro che avevano offerto, quale cauzione provvisoria, appunto una fidejussione, ovvero tutti i partecipanti" alla gara.

L'errore commesso dalla ditta aggiudicataria sarebbe stato quindi scusabile e bene avrebbe fatto l'Amministrazione a consentire la più ampia partecipazione alla gara, operando in modo da salvaguardare il ragionevole affidamento che i partecipanti potevano fare su una interpretazione di buona fede delle clausole del bando>

Il Supremo giudice amministrativo ci invece sottolinea che:

<Il bando, nel paragrafo B2), Documenti, indica, al punto 2, la "cauzione di cui all'art.30 della legge 11/2/1994 n.109 e successive modificazioni e integrazioni, pari al 2% dei lavori da prestare, anche mediante fidejussione bancaria assicurativa valida per 180 giorni"; e al punto 3) la "dichiarazione di impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al 2° comma dell'art.30 della legge 109/94 e successive modificazioni e integrazioni".

Il testo letterale del bando non solo distingue in modo inequivoco e per punti specificamente separati le due fattispecie (cauzione provvisoria e promessa della cauzione definitiva), ma usa la stessa terminologia della legge.

E la funzione distinta ma contestuale che la legge affida alle due tipologie di cauzione è colta molto bene nelle motivazioni della sentenza di primo grado: ora, poiché tale distinzione funzionale è espressa in modo non equivoco anche nel bando in questione, non si comprende dove risieda la asserita oscurità di tale bando.

3. Alla stregua di questa linea ricostruttiva del bando, non ha pregio la tesi secondo la quale tra più interpretazioni possibili occorrerebbe preferire quella che conduce alla più ampia partecipazione possibile alla gara. Nel caso in esame non c'è alcuna incertezza del bando: la sanzione in caso di omissione negli adempimenti documentali è chiaramente determinata dallo stesso bando e consiste nell'esclusione dalla gara>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2414/2000, proposto da *** Antonio, titolare della ditta *** Impianti, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Vantaggiato, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Alberto Angeletti in Roma, via Pisanelli n.2;

contro

N.3183/01 REG.DEC.

N. 2414 REG.RIC

ANNO 2000

il Comune di Nardò, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Oreste Geusa ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Ostiense n.160, presso Maurizio Geusa;
nonché contro

Impresa *** di *** Gregorio, con sede in Nardò, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Viola e Dario Ammassari ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, alla via Niccolò Piccolomini n.34;

per l'annullamento

della sentenza del TAR Puglia, sez IIa di Lecce, n.1048/99 dell'11 novembre 1999;

visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale di Nardò;

visto l'appello incidentale proposto dall'Impresa *** di *** Gregorio;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

vista l'ordinanza n. 1842/2000 con la quale è stata accolta la richiesta di sospensione della esecuzione della sentenza appellata;

visti tutti gli atti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 27 marzo 2001 il consigliere Paolo De Ioanna;

uditi gli avvocati Ciociola, su delega dell'avv. Vantaggiato, Geusa, Viola ed ammassari;

visto il dispositivo della decisione n. 148 del 2/4/01;

ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto

1. *** Antonio partecipava alla gara per la manutenzione degli impianti termici e di condizionamento degli immobili di competenza del Comune di Nardò.

Risultava aggiudicataria la ditta *** di *** Gregorio nonostante avesse ommesso di produrre la dichiarazione d'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al 2° comma dell'art.30 della legge n.109 del 1994 e successive modificazioni e integrazioni. Tale dichiarazione era richiamata al punto B.2.3 del bando di gara.

*** contestava al Comune di Nardò tale omissione e il Dirigente del settore lavori pubblici, nel comunicare l'aggiudicazione definitiva dei lavori alla ditta *** ***, osservava che la mancata esclusione della ditta *** si giustificava in quanto l'impegno del fidejussore relativo alla cauzione definitiva non sarebbe risultato necessario nel caso di specie, dal momento che ditta in questione aveva offerto la cauzione provvisoria a mezzo di assegno circolare.

2. *** ha impugnato gli atti di gara: il motivo fondamentale dedotto nel ricorso è costituito dalla violazione della norma che impone, insieme all'immediato versamento della cauzione provvisoria, anche l'impegno vincolante a costituire la cauzione definitiva (art.30, primo comma, legge 11 febbraio 1994, del 1994 e successive modificazioni).

3. Il giudice di prime cure conviene sulla linea interpretativa, peraltro pacifica, secondo la quale, sulla base dell'art.30, primo comma, citato, le due cauzioni, quella provvisoria e quella definitiva, assolvono a funzioni distinte e vanno presentate insieme. E conviene altresì col ricorrente sul fatto che l'onere dell'impegno alla cauzione definitiva non viene meno solo perché l'impresa risultata aggiudicataria ha prodotto, a titolo di cauzione provvisoria, un assegno circolare e non un atto di fidejussione. Le modalità di prestazione dell'una (provvisoria) non influenzano gli obblighi previsti per l'altra (definitiva), svolgendo esse funzioni distinte ma dovendo essere prestate contestualmente.

Il giudice di prime cure distingue poi la fase dell'impegno a promettere la prestazione della cauzione definitiva, che è contestuale alla prestazione della cauzione provvisoria, al momento della presentazione dell'offerta, dall'effettivo impegno alla cauzione definitiva, che anche nell'importo può essere definita solo dopo l'aggiudicazione.

4. Nonostante questo corretto inquadramento sistematico, il giudice di primo grado ha respinto il ricorso fondando la sua argomentazione sull'oscurità interpretativa del bando di gara.

Le espressioni scelte dall'Amministrazione sarebbero risultate oscure circa l'ambito oggettivo dell'onere di presentare l'impegno del fidejussore, "non essendo chiarito se la presentazione riguardasse solo coloro che avevano offerto, quale cauzione provvisoria, appunto una fidejussione, ovvero tutti i partecipanti" alla gara.

L'errore commesso dalla ditta aggiudicataria sarebbe stato quindi scusabile e bene avrebbe fatto l'Amministrazione a consentire la più ampia partecipazione alla gara, operando in modo da salvaguardare il ragionevole affidamento che i partecipanti potevano fare su una interpretazione di buona fede delle clausole del bando.

5. *** ha proposto appello contro la sentenza del TAR- Puglia. All'udienza del 27 marzo 2001 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Diritto

1. La questione che costituisce il fulcro di tutte le argomentazioni svolte dalle parti attiene, in sostanza, all'interpretazione giuridicamente più ragionevole che occorre dare alle clausole del bando di gara in questione

Anche il Comune infatti non contesta la prospettazione del giudice di primo grado secondo cui l'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia definitiva deve essere contestuale all'offerta e, quindi, alla prestazione della cauzione provvisoria; infatti, il Comune respinge le censure dell'appellante facendo leva sulla tesi della scarsa chiarezza terminologica del bando e dunque giustificando, ex post, il proprio operato invocando la tutela del principio dell'affidamento, a favore della ditta aggiudicataria, ed il canone della più ampia garanzia di partecipazione alla gara, a tutela dell'interesse pubblico, così come argomentato nella sentenza di primo grado.

2. Ora la lettura del bando, effettuata con la consapevolezza media che è lecito supporre in una ditta usa a partecipare a gare pubbliche, non consente di pervenire alle conclusioni della sentenza di primo grado. Il bando, nel paragrafo B2), Documenti, indica, al punto 2, la "cauzione di cui all'art.30 della legge 11/2/1994 n.109 e successive modificazioni e integrazioni, pari al 2% dei lavori da prestare, anche mediante fidejussione bancaria assicurativa valida per 180 giorni"; e al punto 3) la "dichiarazione di impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al 2° comma dell'art.30 della legge 109/94 e successive modificazioni e integrazioni".

Il testo letterale del bando non solo distingue in modo inequivoco e per punti specificamente separati le due fattispecie (cauzione provvisoria e promessa della cauzione definitiva), ma usa la stessa terminologia della legge. E la funzione distinta ma contestuale che la legge affida alle due tipologie di cauzione è colta molto bene nelle motivazioni della sentenza di primo grado: ora, poiché tale distinzione funzionale è espressa in modo non equivoco anche nel bando in questione, non si comprende dove risieda la asserita oscurità di tale bando.

3. Alla stregua di questa linea ricostruttiva del bando, non ha pregio la tesi secondo la quale tra più interpretazioni possibili occorrerebbe preferire quella che conduce alla più ampia partecipazione possibile alla gara. Nel caso in esame non c'è alcuna incertezza del bando: la sanzione in caso di omissione negli adempimenti documentali è chiaramente determinata dallo stesso bando e consiste nell'esclusione dalla gara.

4. Proprio la corretta interpretazione sistematica della norma de qua, offerta dal giudice di primo grado, consente di considerare non fondato l'appello incidentale proposto dalla ditta contro - interessata. Anche l'appello incidentale confonde l'impegno del fidejussore, contestuale all'offerta, a rilasciare la garanzia definitiva, con la effettiva prestazione di tale garanzia, che deve necessariamente avvenire, per la funzione stessa di tale istituto, solo dopo l'aggiudicazione. La ratio della norma è chiara e ragionevole.

5. Per le argomentazioni svolte in precedenza, va accolto l'appello principale e va respinto l'appello incidentale. Sussistono giusti motivi per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in accoglimento del ricorso di primo grado, e annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa le spese, i diritti e gli onorari di entrambi i gradi del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 27 marzo 2001, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, riunito in Camera di Consiglio con la partecipazione di:

Pasquale de Lise	PRESIDENTE
Pier Giorgio Trovato	CONSIGLIERE
Polo Buonvino	CONSIGLIERE

Filoreto D'Agostino
Paolo De Ioanna

CONSIGLIERE
CONSIGLIERE estensore

L'ESTENSORE
F.to Paolo De Ioanna

IL PRESIDENTE
F.to Pasquale de Lise

IL SEGRETARIO

F.to Franca Provenziani

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....15/06/2001.....

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Pier Maria Costarelli