

Negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi la cauzione provvisoria, come previsto dall'articolo 75 del dl 163/2006, deve essere accompagnata dall'impegno di un fideiussore, in caso di aggiudicazione, ad emettere anche la cauzione definitiva: un tale impegno non può (e non deve) essere condizionato e quindi non può essere accettata la clausola per la quale il fideiussore potrebbe rifiutare l'emissione della cauzione definitiva "qualora si siano verificate a carico del contraente le seguenti ipotesi: "Protesti, escussioni di garanzia a seguito di mancato adempimento contrattuale, liquidazione volontaria o sottoposizione a procedure concorsuali ed il mancato pagamento dei compensi di proroga riferiti ad altri atti".

Il Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 1850 del 28 agosto 2006, in tema di collegamento fra emissione della cauzione provvisoria ed impegno alla definitiva, ci insegna che:

<Come questo T.A.R. ha avuto modo di precisare recentemente, la condizione apposta all'efficacia dell'impegno da parte del fideiussore svuota, inevitabilmente, di contenuto l'impegno medesimo, in quanto ha l'effetto di privare l'Amministrazione della fondamentale garanzia per l'inadempimento dell'esecutore dei lavori; e ciò, proprio per i casi in cui esso si rivelasse inidoneo a svolgere la prestazione sottesa al contratto aggiudicato per ragioni che riguardano la stessa continuazione ed esistenza della sua attività d'impresa (come nel caso del fallimento), o, comunque, la sua affidabilità economica.

Di fronte al rischio che risulti, nella sostanza, frustrata la ratio per la quale la legge e il bando di gara impongono sia l'impegno a prestare la garanzia definitiva, che, soprattutto, il rilascio della garanzia medesima, alla stazione appaltante non può residuare margine alcuno di discrezionalità in sede di ammissione alla selezione di imprese che non abbiano fornito un impegno recante i requisiti formali e sostanziali aderenti alla richiamata normativa>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 327\2006 r.g., proposto dall'Impresa *** DOMENICO srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Salvatore Giacalone, elettivamente domiciliato in Palermo, Via Notarbartolo n. 5, presso lo studio dell'Avv. Lucia Di Salvo, come da procura a margine del ricorso

C O N T R O

- il Comune di Valderice, in persona del Sindaco pro-tempore, autorizzato a stare in giudizio come da deliberazione della Giunta Municipale n. 36 del 23.2.2006, rappresentato e difeso dall'Avv. Maria Giovanna Massimo D'Azeglio, elettivamente domiciliato in Palermo, Via S. Meccio n.22, presso lo studio dell'Avv. Giovanna Millocca, come da procura in calce alla copia notificata del ricorso;

E NEI CONFRONTI

dell'Impresa ***. srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, presso il cui studio in Palermo, via libertà n.171, è elettivamente domiciliato, come da procura in calce alla copia notificata del ricorso;

PER L'ANNULLAMENTO

- del provvedimento del 13.12.2005, di determinazione delle offerte relative alla gara per i lavori di realizzazione del XVII padiglione loculi per adulti e relativa viabilità nel Cimitero comunale di Ragosia;
- del provvedimento del 13.12.2005, di determinazione della soglia di anomalia delle offerte;
- del provvedimento del 13.12.2005, di esclusione dalla gara dell'offerta presentata dall'impresa ricorrente;
- del provvedimento del 13.12.2005, di consequenziale aggiudicazione dell'appalto all'impresa controinteressata
- del provvedimento del 13.12.2005, di mancata aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente;
- dello stesso verbale di gara del 13.12.2005, nella parte in cui reca i sopra elencati provvedimenti.

VISTO il ricorso introduttivo del giudizio;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio del Comune intimato e della controinteressata, e il ricorso incidentale da quest'ultima proposto;

Designato relatore il referendario Achille Sinatra.

UDITO alla pubblica udienza del 6 luglio 2006 i procuratori delle parti, come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

Con il ricorso notificato il 14.2.2006 e depositato due giorni dopo, l'Impresa *** Domenico s.r.l. ha impugnato gli atti in epigrafe, relativi all'intervenuta aggiudicazione alla ***. s.r.l. dell'appalto dei "Lavori di realizzazione del XVII padiglione loculi per adulti e relativa viabilità nel Cimitero comunale di Ragosia" indetto da Comune di Valderice.

L'aggiudicataria aveva offerto un ribasso pari al 25,17% sull'importo a base d'asta (che era di euro 336.373,97); la soglia d'anomalia era stata fissata nella percentuale del 25,19% su detto importo; la ricorrente aveva offerto proprio un ribasso pari al 25,19%.

La ricorrente rassegna avverso i suddetti atti le seguenti censure, come appresso rubricate:

I – II – III) Violazione di legge: art. 21 comma 1 legge n. 11.2.1994 n. 109 nel testo sostituito dall'art. 17 L.R. n. 28.2.2002 n. 7 - Violazione di legge: art. 21 comma 1 bis legge n. 11.2.1994 n. 109 nel testo sostituito dall'art. 17 L.R. n. 28.2.2002 n. 7 – Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di presupposto.

Dopo avere ammesso in gara 21 concorrenti, la Commissione aggiudicatrice ha ritenuto che, ai fini del c.d. taglio delle ali, il numero da tenere in considerazione fosse tre, ma ha proceduto all'esclusione,

nell'ala superiore, (non di tre concorrenti, ma) di tre gruppi di ribassi, e, dunque, di quattro concorrenti (GEO GAV per il ribasso pari al 25,28% sull'importo a base d'asta; ATI Nuova Esir e Camedil 25,24 %; Mulè Francesco 25,23 %). Così facendo il seggio di gara avrebbe violato le norme in epigrafe, che consentirebbero di ridurre ad unità le offerte che si pongono "a cavallo" della soglia d'anomalia, così da eliminare quelle disancorate dai valori medi, ma non quelle che si collocano all'interno dell' "ala"; se così avesse proceduto, il seggio di gara non avrebbe escluso l'Impresa Mulè Francesco, e la soglia d'anomalia sarebbe stata pari a 25,193% sull'importo a base d'asta.

IV- V – VI – VII – VIII) Violazione di legge: Punto 2 procedura di aggiudicazione, quart'ultimo capoverso disciplinare di gara – punto 13 bando di gara - Violazione di legge: decreto Assessore regionale ai lavori pubblici del 2.12.2004 (G.U.R.S. n. 4 del 28.1.2005) di approvazione del nuovo schema di bando tipo – Violazione di legge: art. 16 comma IV L.R.2.8.2002 n. 7 - Eccesso di potere sotto i profili del travisamento dei fatti, del difetto di presupposto, della contraddittorietà e della illogicità manifesta. – Eccesso di potere sotto i profili della violazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico amministrativo in tema di vincolatività per la stazione appaltante delle preordinate prescrizioni del regolamento di gara.

Il seggio di gara avrebbe illegittimamente proceduto a determinare le medie a seguito di troncamento dei risultati alla seconda cifra decimale, laddove le indicate norme della legge di gara avrebbero imposto il criterio della media aritmetica pura.

La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento degli atti gravati, premettendo alle proprie domande che l'aggiudicazione in proprio favore sarebbe stata possibile unicamente se gli atti di gara fossero stati scevri di entrambe le dedotte illegittimità di cui ai motivi di ricorso.

Si sono costituite in giudizio l'Amministrazione intimata e la controinteressata, aggiudicataria, ***. s.r.l., la quale ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione in gara della ricorrente principale, affidato ad un unico motivo, rubricato:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 lett. A e lett. B del bando di gara in relazione all'art. 30, comma 1, 1 bis, 2 e 2 bis, della L. 109\94 nel testo coordinato con le norme della L.R. 2.8.2002 n. 7 e s.m.i.

L'Impresa *** Domenico s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione per avere prodotto, a corredo della propria offerta, una fideiussione per cauzione provvisoria recante un impegno non incondizionato al rilascio della garanzia definitiva.

Il Comune di Valderice, da parte sua, ha contrastato nel merito i motivi del ricorso principale.

In corso di causa la ricorrente principale ha chiesto ed ottenuto la concessione, da parte del Tribunale civile di Marsala- sezione distaccata di Mazara del Vallo, di un provvedimento cautelare d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c., depositato in cancelleria il 15.6.2006, con il quale è stata sospesa l'efficacia dell'art. 2 della fideiussione di cui sopra, nella parte in cui l'impegno al rilascio della garanzia definitiva in caso d'aggiudicazione è negativamente condizionato al verificarsi di determinati eventi che riguardano la solvibilità del debitore principale. Sulla scorta di detto provvedimento la *** s.r.l. ha rinnovato la propria richiesta cautelare incidentale nel presente giudizio, domandando che essa venisse decisa contestualmente al merito; inoltre, ha depositato certificato di pendenza del conseguente giudizio civile di merito.

La controinteressata ha contrastato le avverse ragioni con una nuova memoria.

Alla pubblica udienza del 6 luglio 2006 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. E' controversa la legittimità degli atti di gara con cui il Comune di Valderice ha aggiudicato alla ***. s.r.l. l'appalto dei "Lavori di realizzazione del XVII padiglione loculi per adulti e relativa viabilità nel Cimitero comunale di Ragozia".

2. Occorre prendere le mosse dall'esame del ricorso incidentale, con il quale la ***. s.r.l. muove delle censure avverso l'ammissione in gara della ricorrente Impresa *** Domenico s.r.l.; come è noto, infatti, l'esame del ricorso incidentale va ritenuto pregiudiziale laddove il ricorrente principale contesti l'aggiudicazione in favore del controinteressato intimato e quest'ultimo faccia valere in via incidentale un motivo di esclusione a carico dello stesso ricorrente principale, di tal che la fondatezza del gravame incidentale precluderebbe automaticamente la possibilità per l'impresa ricorrente principale di aggiudicarsi l'appalto (C.G.A., 15 maggio 2001, n. 204; 20 settembre 2002, n. 573; 29 settembre 2005, n. 630).

3. Pertanto, in via del tutto preliminare occorre verificare se, alla luce del provvedimento cautelare concesso alla ricorrente principale dal Giudice ordinario, di cui si è detto sopra, permanga l'interesse della controinteressata al ricorso incidentale, il quale è teso unicamente a censurare l'ammissione in gara della *** s.r.l. in ragione del tenore dell'impegno della "Finanziaria Romana s.p.a." a prestare la garanzia definitiva, oggi sospeso dal giudice ordinario nella parte ritenuta contraria alla legge.

3.1. Ritiene il Collegio che il ricorso incidentale sia tuttora procedibile.

Nella circostanza, infatti –come fondatamente eccepito dalla controinteressata- occorre avere riguardo al principio secondo il quale i requisiti di ammissione alla gara, (compreso quello inerente la regolarità della cauzione) devono essere posseduti dai concorrenti, e valutati dalle Stazioni appaltanti, all'atto della presentazione delle offerte, pena la violazione delle regole sulla par condicio tra gli offerenti (Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 13 giugno 2005, n. 356; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 6 giugno 2005, n. 951).

Nel caso di specie, al momento della presentazione della offerta della *** s.r.l., così come all'atto dello spirare del relativo termine di presentazione (12.12.2005), l'impegno assunto dalla Finanziaria Romana s.p.a. a prestare la garanzia definitiva recava ancora la clausola successivamente sospesa dal Tribunale di Marsala – sezione distaccata di Ma zara del Vallo.

Invero, ciò che il Giudice ordinario ha disposto nella circostanza, è la mera sospensione dell'efficacia delle cause di esclusione dell'obbligo di prestare la garanzia definitiva, contenuto nell'art. 2 del contratto in questione; ha disposto -id est-, che da tale disposizione negoziale non possano promanare degli effetti giuridici.

Detta sospensione degli effetti, quindi, per sua natura, essendo fenomeno ben diverso dall'invalidità del negozio, non può operare che ex nunc, e, quindi, dal momento del deposito in cancelleria dell'ordinanza che l'ha disposta, ossia dal 15.6.2006.

Ne deriva che il ricorso incidentale risulta ancora assistito dall'interesse all'impugnazione dell'ammissione della *** s.r.l. alla procedura, che lo sorreggeva al momento della sua proposizione.

4. Nel merito, il ricorso incidentale è fondato, e va accolto; per conseguenza, deve essere dichiarato improcedibile il ricorso principale.

4.1 Con il gravame incidentale –come anticipato- la ***. s.r.l. contesta la legittimità dell'ammissione in gara della ricorrente Impresa *** Domenico s.r.l., la quale ha fornito all'Amministrazione appaltante – come emerge dagli atti del giudizio- un impegno del fideiussore “Finanziaria Romana” s.p.a., contenuto nella polizza per cauzione provvisoria, a rilasciare la garanzia definitiva per il caso di aggiudicazione, contenente all'art.2 la previsione che il suddetto fideiussore avrebbe potuto rifiutare l'emissione della cauzione definitiva “qualora si siano verificate a carico del contraente le seguenti ipotesi: “Protesti, escussioni di garanzia a seguito di mancato adempimento contrattuale, liquidazione volontaria o sottoposizione a procedure concorsuali ed il mancato pagamento dei compensi di proroga riferiti ad altri atti”.

4.2 La doglianza deve essere condivisa.

Siffatto impegno condizionato, invero, non è conforme a quanto previsto dall' art. 30, comma I, L. 109\94, come modificato, in Sicilia, dal comma 01 dell'art. 24 L.R. 7\2002, per cui l'offerente, oltre alla cauzione provvisoria, deve presentare anche l'impegno di un fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione dei lavori, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

Come questo T.A.R. ha avuto modo di precisare recentemente, la condizione apposta all'efficacia dell'impegno da parte del fideiussore svuota, inevitabilmente, di contenuto l'impegno medesimo, in quanto ha l'effetto di privare l'Amministrazione della fondamentale garanzia per l'inadempimento dell'esecutore dei lavori; e ciò, proprio per i casi in cui esso si rivelasse inadatto a svolgere la prestazione sottesa al contratto aggiudicato per ragioni che riguardano la stessa continuazione ed esistenza della sua attività d'impresa (come nel caso del fallimento), o, comunque, la sua affidabilità economica. Di fronte al rischio che risulti, nella sostanza, frustrata la ratio per la quale la legge e il bando di gara impongono sia l'impegno a prestare la garanzia definitiva, che, soprattutto, il rilascio della garanzia medesima, alla stazione appaltante non può residuare margine alcuno di discrezionalità in sede di ammissione alla selezione di imprese che non abbiano fornito un impegno recante i requisiti formali e sostanziali aderenti alla richiamata normativa (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 6 giugno 2005, n. 951).

Discende da quanto sopra che, in presenza di un impegno a prestare cauzione definitiva condizionato nel senso che si è illustrato, la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in questione.

5. In conclusione, il pregiudiziale ricorso incidentale proposto dalla controinteressata è fondato, e va accolto, con la conseguente improcedibilità per difetto d'interesse del ricorso principale.

6. Le spese seguono la soccombenza e vanno poste a carico della Impresa *** Domenico s.r.l., nella misura di cui al dispositivo.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, accoglie il ricorso incidentale, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con esso impugnati; dichiara improcedibile il ricorso principale.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite verso le parti resistenti, che liquida forfetariamente in complessivi euro duemila (2.000\00) oltre IVA e CPA se dovute, come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 6 luglio 2006, con l'intervento dei Signori magistrati:

- Calogero Adamo Presidente
- Giovanni Tulumello Referendario
- Achille Sinatra Referendario-estensore

_____Presidente

_____Estensore

_____Segretario

Depositata in Segreteria il__28 agosto 2006

Il Direttore della Sezione