

Impegno a rilasciare la definitiva fino al completamento delle opere

Esclusione dalle procedure di gara per mancata esatta indicazione temporale della validità: illegittima!

Il Tar per il Veneto, sezione di Venezia, con la sentenza numero 1318 dell' 8 aprile 2002, si occupa di un'esclusione da una procedura di gara effettuata da una stazione appaltante contro una ditta per mancanza nell'impegno a sottoscrivere la polizza definitiva, da parte dell'assicuratore della polizza provvisoria, alla esplicita validità temporale (valida fino al 31/12/2005), come indicato nel disciplinare di gara nella clausola numero 9.

Nella fattispecie che ci occupa, la ricorrente aveva bensì presentato una dichiarazione simile, ma questa non conteneva il termine finale indicato: l'assicuratore si impegnava invece nel senso che tale successiva polizza sarebbe stata «valida sino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori».

Poiché il bando di gara, al punto 7, stabilisce che «la cauzione definitiva permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato(formula contenuta nell' art. 101, I comma, del d.P.R. n. 554/99 ritenuta norma cogente inderogabile), rileva il giudice veneto, le due clausole – n. 9 del disciplinare e n. 7 del bando - riferendosi, sia pure sotto profili diversi, alla stessa garanzia, presentano un'evidente incompatibilità logica, riguardante il menzionato termine.

Tale ambiguità sul punto della *lex specialis* e l'evidente contrasto fra la richiesta di validità fino a data certa, con il combinato disposto del secondo comma dell'articolo 30 della legge 109/94 s.m.i. e il citato art. 101 del d.P.R. 554/99 , non legittima l'esclusione della ditta ricorrente in quanto la norma – diversamente dal disciplinare nella gara *de qua* - non stabilisce un termine finale *certus quando* per la persistenza della cauzione definitiva, e tanto appare perfettamente coerente con la funzione dell'istituto, destinato a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché il rimborso delle somme pagate in più all'appaltatore : funzione che, per essere pienamente realizzata, deve sussistere fino al completamento delle opere.

La determinazione di un termine finale *certus quando* nella cauzione definitiva , aggiungono i giudici amministrativi, potrebbe, in concreto, determinare la cessazione della garanzia prima che ne sia esaurita la funzione: e ciò, paradossalmente, proprio nel caso di ritardo nel compimento dell'opera ove, per esperienza, la cauzione è di maggiore utilità, in quanto il periodo di tempo prestabilito per il compimento dell'opera è evidentemente soggetto all'alea propria di ogni attività di durata.

In conclusione dunque va dunque annullata la clausola del bando per la parte in cui si richiede una dichiarazione configgente con la previsione di legge, e conseguentemente la dichiarazione presentata dalla ricorrente è da considerarsi perfettamente idonea a realizzare la funzione sua propria tanto da far riammettere la ditta alla procedura pubblica.

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 680/2002, proposto dalla **** S.r.l.,
contro

il Comune di Caorle (VE), in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Carlin, con elezione di domicilio presso lo studio dello stesso, in Venezia – Fondamenta dell'Albero n. 3856;

per l'annullamento

a) del provvedimento emesso il 25 febbraio 2002, con il quale è stato comunicato alla parte ricorrente l'esclusione dalla procedura di gara per l'appalto dei lavori di riqualificazione urbanistico ed architettonica ambito ex scuola "Andrea Bafile" del 13.12.2002;

b) del disciplinare di gara, adottato con determinazione n. 48545 del 13.12.2001 ad integrazione del bando di gara, limitatamente alla clausola 9 sulla documentazione amministrativa, la quale prevede l'allegazione all'offerta di una cauzione definitiva con dichiarazione di validità sino al 31.12.2005;

c) di ogni altro atto annesso connesso o presupposto, compreso il provvedimento di aggiudicazione della gara;

e per il risarcimento del danno sofferto.

Visto il ricorso, notificato il 21 marzo 2002 e depositato presso il Tribunale il 22 marzo 2002, con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caorle;

visti gli atti tutti di causa;

uditi all'udienza camerale del 27 marzo 2002, (relatore il consigliere avv. Angelo Gabbricci), i difensori Dal Monego e Verona, in sostituzione dell'avv. Colledan, per la parte ricorrente e Carlin per l'Amministrazione resistente;

considerato:

che, a sensi dell'art. 26, commi IV e V, della l. 6.12.1971, n. 1034, nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza del ricorso, il Tribunale amministrativo regionale può decidere con sentenza, assunta, nel rispetto della completezza del contraddittorio, anche nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza di sospensione;

che, nel corso dell'udienza camerale, in cui si è svolta la discussione dell'incidente cautelare, il Collegio ha comunicato alle parti presenti di voler definire la controversia con sentenza abbreviata, e queste non hanno espresso rilievi o riserve;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

1. La controversia verte sull'esclusione della ricorrente **** dalla procedura di gara a pubblico incanto, con il criterio del prezzo più basso, di cui all' art. 21 l. 109/94, per l'appalto di lavori di riqualificazione urbanistica ed architettonica.

L'estromissione è stata disposta dalla commissione di gara, nel corso della prima seduta, svoltasi il 25 febbraio 2002, per non avere **** presentato, tra i propri documenti, la dichiarazione richiesta - indubbiamente a pena d'esclusione - al punto 9 del disciplinare di gara «di un istituto bancario ovvero di una compagnia di assicurazione contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione bancaria ovvero una polizza assicurativa fideiussoria, relativa alla cauzione definitiva, in favore della stazione appaltante, valida fino al 31/12/2005».

Per vero, la ricorrente aveva bensì presentato una dichiarazione simile, ma questa non conteneva il termine finale indicato: l'assicuratore si impegnava invece nel senso che tale successiva polizza sarebbe stata «valida sino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori».

2.1. L'eccezione preliminare, formulata dall' Amministrazione resistente, di inammissibilità del ricorso introduttivo, perché non notificato ad almeno uno dei controinteressati, non è fondata: infatti, nella fattispecie, l'aggiudicazione non è stata ancora effettuata, ed i partecipanti al procedimento concorsuale d'appalto non assumono, prima di aver conseguito un risultato positivo dal favorevole esito dell'aggiudicazione, la qualità di controinteressati, rispetto agli atti di esclusione di un concorrente. L'interesse a difendere la conservazione di siffatti provvedimenti ed a circoscrivere la platea dei concorrenti si configura come un interesse di mero fatto, fino a che il vantaggio ricavabile dalla conclusione della gara si pone in una prospettiva incerta e futura (cfr. T.A.R. Marche 25 febbraio 2000, n. 301; C.d.S., V, 21 ottobre 1992, n. 1026).

2.2. L'Amministrazione rileva ancora che il ricorso sarebbe tardivo, nella parte in cui impugna la *lex specialis* di gara, in quanto il bando ed il disciplinare furono consegnati ad un dipendente ****, munito di delega o procura speciale, il 15 gennaio 2002, mentre il ricorso è stato notificato soltanto il seguente 21 marzo: anche tale eccezione va tuttavia disattesa.

Anzitutto, infatti, è indubbio che la rammentata dichiarazione, richiesta dalla stazione appaltante al n. 9 del disciplinare, si riferisca alla durata della cauzione definitiva.

Il bando di gara, tuttavia, al punto 7, stabilisce che «la cauzione definitiva permane fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato»: formula che corrisponde a quella della dichiarazione presentata dall'assicuratore di ****, e che, ancor prima, riprende la previsione di cui all' art. 101, I comma, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (su cui *ultra*).

Le due clausole – n. 9 del disciplinare e n. 7 del bando - si riferiscono, dunque, sia pure sotto profili diversi, alla stessa garanzia, e, tuttavia, presentano un'evidente incompatibilità logica, riguardante il menzionato termine.

Ciò ha determinato un'ambiguità sul punto della *lex specialis*, risolta soltanto nel momento in cui l'impresa ricorrente è stata esclusa dalla gara: il termine d'impugnazione del relativo provvedimento e della ripetuta clausola n. 9 deve, pertanto, ritenersi decorrere dalla conoscenza dell'esclusione, conformemente all'insegnamento della giurisprudenza, per cui «l'impugnazione del bando differita al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione è ammissibile quando la clausola del bando è ambigua e tale da prestarsi a differenti interpretazioni da parte dell'amministrazione» (C.d.S., VI, 10 agosto 1999, n. 1020).

In ogni caso, poi, il termine dell'impugnazione non può decorrere, nella fattispecie, dalla semplice conoscenza delle prescrizioni, ma dal momento in cui la stessa clausola è concretamente divenuta lesiva, in quanto preclusiva per **** della partecipazione alla gara e, cioè, dal momento in cui questa ha presentato la sua offerta, allegando una dichiarazione diversa da quella richiesta dal disciplinare: e poiché ciò è avvenuto dopo il 19 febbraio 2002, il ricorso è, anche sotto tale profilo, senza dubbio tempestivo.

3.1. Superate così le eccezioni preliminari, il ricorso va accolto nella parte in cui, con il secondo motivo, censura la ripetuta clausola n. 9 del disciplinare per contrasto con il citato art. 101 del d.P.R. 554/99, il quale, in attuazione dell'art. 30, II comma, della l. 109/94, regola l'istituto della cauzione definitiva e dispone al I comma, come già accennato, che «tale garanzia deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato».

Come è evidente, la norma – diversamente dal disciplinare nella gara *de qua* - non stabilisce un termine finale *certus quando* per la persistenza della cauzione definitiva, e tanto appare perfettamente coerente con la funzione dell'istituto, destinato a garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché il rimborso delle somme pagate in più all'appaltatore (cfr. art. 101, II comma): funzione che, per essere pienamente realizzata, deve sussistere fino al completamento delle opere.

Ora, è vero che, all'atto della consegna dei lavori, viene normalmente prestabilito un periodo di tempo per il compimento dell'opera, ma questo è evidentemente poi soggetto all'alea propria di ogni attività di durata. Così, la fissazione di un termine finale certo per la cauzione – evidentemente correlato, come nel caso, all'arco di tempo contrattualmente definito per l'effettuazione dei lavori - potrebbe, in concreto, determinare la cessazione della garanzia prima che ne sia esaurita la funzione: e ciò, paradossalmente, proprio nel caso di ritardo nel compimento dell'opera ove, per esperienza, la cauzione è di maggiore utilità.

La determinazione di un termine finale *certus quando* nella cauzione definitiva – e, dunque, nella precedente dichiarazione d'impegno a rilasciarla – confligge perciò con il ripetuto art. 101, il quale deve ritenersi norma cogente inderogabile, anzitutto perché essa è posta nell'interesse sia della stazione appaltante, come visto, sia dell'assicuratore (e dunque, indirettamente, dell'esecutore), al quale non possono essere richiesti impegni assicurativi più gravosi di quelli stabiliti dalla norma; inoltre, lo stesso art. 101 costituisce attuazione del richiamato art. 30 l. 109/94, e questo prescrive al VII comma che

«sono soppresse le altre forme di garanzia e le cauzioni previste dalla normativa vigente», tra cui si possono includere anche le cauzioni definite con un termine finale predeterminato.

3.2. Né può modificare la precedente conclusione la clausola contenuta nel “bando tipo” predisposto dall’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, clausola che si riferisce alla dichiarazione, predisposta dall’assicuratore, o soggetto equipollente, contenente l’impegno a rilasciare la polizza fideiussoria «relativa alla cauzione definitiva, in favore della stazione appaltante, valida fino a».

Diversamente da quanto sostenuto dall’Amministrazione resistente, infatti, una simile formulazione non importa che l’interpunzione finale debba essere necessariamente sostituita, nello specifico disciplinare, da una data certa, piuttosto che dal riferimento ai certificati di cui all’art. 101; in ogni caso, è evidente che l’interpretazione dell’Autorità, per quanto rilevante, non può vincolare in alcun modo il giudice, né le singole Amministrazioni, se palesamente *contra legem*.

3.3. La clausola n. 9 va dunque annullata, per la parte in cui si richiede una dichiarazione configgente con la previsione di legge, e ciò porta ad affermare che la dichiarazione presentata da **** era idonea a realizzare la funzione sua propria, per cui anche la sua esclusione dalla gara va annullata, e la ricorrente deve esservi riammessa.

Su quest’ultimo punto resta solo da aggiungere che non può costituire ostacolo all’accoglimento del ricorso la circostanza che la ricorrente ha prodotto in giudizio un documento, contenente il prezzo che essa avrebbe proposto in gara, che avrebbe dovuto essere esaminato nella seduta di gara del 25 marzo scorso, posposta a seguito dell’ordinanza presidenziale 207/02: trattandosi di gara con aggiudicazione al prezzo più basso, e detenendo l’Amministrazione i plichi contenenti tutte le offerte, ormai immodificabili, la predetta circostanza non può determinare alcuna violazione della *par condicio* con gli altri concorrenti.

3.4. La presente decisione, soddisfacendo l’interesse sostanziale della ricorrente a partecipare alla gara, determina l’improcedibilità per difetto d’interesse, della domanda risarcitoria proposta.

4. Le spese di giudizio, attesa la novità della questione, possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l’effetto, annulla i provvedimenti in epigrafe impugnati *sub a)* e *sub b)*.

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio addì 27 marzo 2002.