

L'importo delle cauzioni provvisoria e definitiva va riferito al solo importo di lavori e non anche a quello comprensivo degli oneri di sicurezza (peraltro estranei all'offerta)

La base di computo delle due cauzioni non può essere diversa: la definitiva è ragguagliata al solo importo a base d'asta soggetto a ribasso, stante anche le novità introdotte dalla Legge 166/2002

### **Sintesi di Tar Puglia – sezione di Bari - n. 3337 dell' 11 settembre 2003**

Parole chiave:

---

Appalti di lavori – importo delle cauzioni provvisorie e definitive – non bisogna conteggiare il costo per la sicurezza -

possibile contrasto tra il bando di gara e la lettera d'invito alla gara - deve darsi prevalenza alle clausole di quest'ultima costituenti la lex specialis della procedura concorsuale - clausole dubbie debbono essere interpretate alla luce del favor participationis

Esito del giudizio:

---

In conclusione il ricorso in epigrafe deve essere rigettato siccome infondato e dichiarato inammissibile per difetto d'interesse il ricorso incidentale

In relazione alla **peculiarità delle questioni affrontate (SIC!)**, sussistono giusti motivi per dichiararne l'integrale compensazione tra le parti

Conseguenze operative:

---

Gli oneri di sicurezza sono del tutto estranei all'offerta, a garanzia della serietà della quale e dell'adempimento di stipulare il contratto secondo la medesima, è posta la cauzione provvisoria, onde non vi sono elementi logico-giuridici che consentano di ritenere che quest'ultima (al pari, come del resto è pacifico, della cauzione definitiva) debba essere ragguagliata anche all'importo degli oneri di sicurezza

Poiché l'art. 30 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, e successive modifiche ed integrazioni, sia nel testo vigente (come modificato dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166) sia nel testo antecedente, rapporta la misura della cauzione "...al 2 per cento dell'importo dei lavori"; e però, nel testo vigente, prevede un sistema per la determinazione della cauzione definitiva che, a differenza del precedente, è impostato a criteri di progressività in funzione proporzionale della crescita del ribasso d'asta, **onde non può dubitarsi che la cauzione definitiva sia ragguagliata al solo importo a base d'asta soggetto a ribasso**, e quindi con esclusione degli oneri per la sicurezza, costituiti da importo fisso ed eguale per tutti i concorrenti non soggetto a ribasso, essendo tanto la cauzione provvisoria quanto quella definitiva ragguagliate all'importo dei lavori, **non sarebbe logico ritenere che la base di computo della prima sia diversa dalla base di computo della seconda**, ovvero che essa non sia rappresentata dall'importo dei lavori a base d'asta soggetti a ribasso, tenuto conto che tanto la cauzione provvisoria quanto quella definitiva assolvono a omogenee funzioni di garanzia ancorché l'una sia riferita alla serietà dell'offerta e all'adempimento dell'obbligo di stipulare il contratto e l'altra alla esecuzione del contratto, tanto da essere progressivamente svincolata in relazione allo stato di avanzamento dei lavori.

di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA NEL NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA BARI PRIMA SEZIONE  
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

in forma semplificata ai sensi dell'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come introdotto dall'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205

nella Camera di Consiglio del 10 settembre 2003

Visto il ricorso 1175/2003 proposto da:

IMPRESA EDILE FRANCESCO \*\*\*\*

I.P.R.A.B.

IMPRESA EDILE GIROLAMO \*\*\*\*

nonché nei confronti di

IMPRESA MICHELE \*\*\*\*

\*\*\*\* COSTRUZIONI S.r.l.

\*\*\*\* S.r.l.

IMPRESA VINCENZO \*\*\*\*

\*\*\*\* S.r.l.

COSTRUZIONI \*\*\*\* S.r.l.

per l'annullamento, previa sospensione,

- del verbale di gara e conseguente aggiudicazione in favore dell'impresa edile Girolamo \*\*\*\* della licitazione provata per l'esecuzione dei lavori di ampliamento della Casa di Riposo "V. Romanelli" di Monopoli, nonché di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ancorché non conosciuto, ivi compreso il contratto di appalto stipulato ed il verbale di consegna dei lavori;

per la declaratoria del diritto dell'impresa ricorrente all'aggiudicazione della licitazione privata per l'esecuzione dei lavori di ampliamento della Casa di Riposo "V. Romanelli" di Monopoli (atti impugnati col ricorso)

- della nota commissariale n. 642 del 29 maggio 2003, dei verbali della commissione di gara ed in specie del verbale dell'11 giugno 2003, della deliberazione commissariale n. 32 del 2003 (atti impugnati con motivi aggiunti)

per la declaratoria del diritto dell'impresa ricorrente al risarcimento del danno cagionato dall'illegittimo comportamento dell'I.P.R.A.B.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda di sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla ditta individuale ricorrente;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di:  
ISTITUZIONI PUBBLICHE RIUNITE di ASSISTENZA e BENEFICIENZA  
I.P.R.A.B.

IMPRESA EDILE GIROLAMO \*\*\*\*

Visto il ricorso incidentale presentato dalla ditta individuale \*\*\*\* Girolamo;

Visti i motivi aggiunti al ricorso;

Udito il relatore Cons. LEONARDO SPAGNOLETTI e uditi altresì per le parti l'avv. Guglielmo Cavallo per la ditta ricorrente, gli avv.ti Massimo e Marcello Vernola, quest'ultimo in sostituzione dell'avv. prof. Franco Gaetano Scoca, per la I.P.R.A.B. e l'avv. Giacomo Valla per la controinteressata intimata aggiudicataria costituita;

Considerato che il ricorso può essere definito con decisione in forma semplificata ai sensi ai sensi dell'art. 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come introdotto dall'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205, perché manifestamente infondato, per le ragioni di seguito esposte

Ritenuto in fatto:

- che la impresa ricorrente ha partecipato a licitazione privata per l'appalto dei lavori di ampliamento della Casa di Riposo "V. Romanelli" di Monopoli, indetta dalle Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficienza – I.P.R.A.B., da aggiudicare col sistema di cui all'art. 21 comma 1 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni ed integrazioni:

- che ammesse alla gara 44 imprese, ed effettuato il c.d. taglio delle ali, formata la media aritmetica delle offerte rimaste e calcolato lo scarto medio aritmetico dei ribassi migliori della media, e determinata la soglia di anomalia nel ribasso del 22,394%, è risultata aggiudicataria l'impresa edile Girolamo \*\*\*\* col ribasso più vicino per difetto pari al 22,369%, mentre seconda migliore offerta è risultata quella dell'impresa edile Costruzioni \*\*\*\* S.r.l. col ribasso pari al 22,35(0)% e terza l'offerta della impresa edile ricorrente Francesco \*\*\*\* col ribasso pari al 22,316%;

- che l'impresa ricorrente sostiene che il calcolo della media e quindi l'individuazione della soglia di anomalia e dell'offerta ad essa più vicina per difetto è viziato dall'ammissione alla gara di concorrenti che avrebbero dovuto esserne escluse per irregolarità relative alla cauzione provvisoria prestata;

- che in particolare, l'impresa ha dedotto le seguenti censure:

1) Eccesso di potere – Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 legge n. 109 del 1994, art. 100 d.P.R. n. 554 del 1999, perché la cauzione provvisoria prestata dall'associazione temporanea d'impresе tra la ditta \*\*\*\* Michele e la \*\*\*\* Costruzioni S.r.l. è pari a soli € 28.317,62, e quindi inferiore al 2% dell'importo dei lavori da intendersi pari a € 1.452.364,86 (comprensivo degli oneri per la sicurezza), corrispondente invece a € 29.047,30.

2) Eccesso di potere – Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e 8 comma 11 quater legge n. 109 del 1994, art. 100 d.P.R. n. 554 del 1999, perché del pari la cauzione provvisoria prestata dalla \*\*\*\* S.r.l., pari a € 14.158,80 è inferiore, comunque, alla cauzione ridotta al 50% prevista in favore delle imprese in possesso di certificazione ISO o della dichiarazione di presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità, sempre tenuto conto che essa andava calcolata sull'importo dei lavori di € 1.452.364,86, e quindi corrispondente nella specie a € 14.523,65.

3) Eccesso di potere – Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 e 8 comma 11 quater e 13 comma 2 legge n. 109 del 1994, art. 100 e 108 d.P.R. n. 554 del 1999 – Violazione e falsa applicazione della determinazione n. 44/2000 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, perché l'associazione temporanea d'impresa \*\*\*\* Vincenzo-\*\*\*\* S.r.l. ha prestato cauzione provvisoria pari pari a soli € 28.317,62, e quindi inferiore al 2% dell'importo dei lavori da intendersi pari a € 1.452.364,86 (comprensivo degli oneri per la sicurezza), corrispondente invece a € 29.047,30, non potendo fruire della riduzione della cauzione al 50% in quanto soltanto la impresa \*\*\*\* Vincenzo ha presentato attestazione SOA in ordine al possesso della dichiarazione di presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità, mentre la Edil Nova S.r.l. ha prodotto semplice attestazione SOA priva della suddetta dichiarazione.

4) Eccesso di potere – Violazione dell'art. 30 legge n. 109 del 1994 – Violazione e falsa applicazione determinazione n. 37/2000 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, perché la mancata esclusione delle imprese dianzi indicate (A.T.I. \*\*\*\* Michele-\*\*\*\* Costruzioni S.r.l., \*\*\*\* S.r.l., A.T.I. \*\*\*\* Vincenzo-\*\*\*\* S.r.l.) è dipesa dall'illegittimo computo dell'importo della cauzione provvisoria sulla minore somma di € 1.415.880,58 (importo dei lavori e forniture), laddove esso doveva comprendere anche gli oneri per la sicurezza (coi quali ascende ad € 1.452.364,86) per i quali “non v'è ragione di pensare che...debbano essere tenuti fuori nel conteggio totale dell'appalto e, dunque, non debbano essere coperti dalla polizza fidejussoria”.

5) Eccesso di potere – Violazione dell'art. 30 legge n. 109 del 1994, art. 100 d.P.R. n. 554 del 1999. Violazione della lettera d'invito, perché qualora le suddette concorrenti fossero state escluse, in base a specchio riepilogativo specificamente trascritto, la soglia di anomalia sarebbe stata pari al 22,31829% e quindi l'offerta più vicina per difetto sarebbe stata quella della impresa ricorrente (22,316), la seconda quella della Edilettora S.n.C. (22,222) e la terza quella della ditta Vito Ruggero Damato (22,180), risultando invece superiori alla soglia di anomalia tanto l'offerta dell'aggiudicataria impresa edile Girolamo \*\*\*\* quanto quella della Costruzioni \*\*\*\* S.r.l.

- che con atto notificato il 5-8 settembre 2003 e depositato in Segreteria il 9 settembre 2003, l'impresa ricorrente ha formulato motivi aggiunti al ricorso, deducendo le seguenti ulteriori censure:

6) Eccesso di potere e violazione di legge, perplessità e contraddittorietà, violazione del principio di trasparenza, in relazione a nota commissariale n. 642 del 29 maggio 2003, indirizzata al responsabile del procedimento, con la quale si evidenziava che la cauzione provvisoria “...da riferirsi all'importo dei lavori a base d'appalto, al netto degli oneri per la sicurezza, dovrà essere corredata al disposto di cui all'art. 8 comma 11 quater della L. n. 109/94”, poiché tale nota non è stata comunicata alle imprese invitate alla licitazione privata pur incidendo sulla misura della cauzione provvisoria da prestare ed anzi introducendo deroga al bando e alla lettera d'invito; conseguentemente illegittimo è il verbale della commissione di gara dell'11 giugno 2003 che ha preso atto di tale nota e la deliberazione commissariale n. 32 del 2003.

7) Eccesso di potere e violazione di legge, perplessità, violazione del principio di trasparenza, in relazione ai rilievi svolti nel ricorso incidentale in ordine all'illegittima ammissione di altre imprese (che comunque non inciderebbe sull'esito della gara in favore della ricorrente) ai fini dell'eventuale rinnovazione dell'intera procedura

- che nel giudizio si sono costituiti l'I.P.R.A.B. e la impresa edile Girolamo \*\*\*\*;

- che la prima, dopo aver riepilogato le peculiarità dell'appalto (conseguente a legato testamentario e con disponibilità di somme, rivenienti da alienazioni immobiliari, assoggettate a precisi oneri modali a pena d'inefficacia della disposizione di ultima volontà), ha evidenziato come l'importo della cauzione provvisoria andava riferito al solo importo di lavori e forniture come indicato nella lettera di invito, ovvero del solo importo a base d'asta, e non anche a quello comprensivo degli oneri di sicurezza (non soggetti a ribasso e costituenti voce economica neutra perché eguali per ogni concorrente ed estranei all'offerta economica), tenuto conto della funzione della cauzione provvisoria intesa a garantire appunto la serietà dell'offerta e la stipulazione del contratto e costituente clausola penale, e comunque dovendosi applicare, in presenza di eventuali incertezze interpretative delle clausole del bando e della lettera d'invito, il principio del favor participationis; infondati sono poi i motivi aggiunti perché la nota commissariale gravata è meramente esplicativa e non modifica la disciplina di gara;

- che la seconda, con atto notificato il 2-3 settembre 2003 e depositato il 5 settembre 2003, ha proposto ricorso incidentale condizionato all'eventuale riconosciuta fondatezza del ricorso principale, in ordine alla stessa ammissione alla gara dell'impresa ricorrente deducendo con motivo:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 legge n. 109 del 1994 e dell'art. 4 d.P.R. n. 34 del 2000. Eccesso di potere per sviamento, omessa istruttoria, difetto dei presupposti, perché la ricorrente principale ha esibito attestazione SOA carente di indicazioni sul possesso della certificazione di qualità nonché certificazione di qualità rilasciata da soggetto di cui non risulta l'accreditamento, e comunque non avrebbe interesse all'annullamento degli atti di gara perché dalla medesima avrebbero dovuto essere escluse altre imprese (peraltro non intimata dalla ricorrente incidentale: n.d.e.) per non aver dimostrato il possesso della certificazione di qualità;

Considerato in diritto:

- che, può senz'altro prescindersi dall'esame del ricorso incidentale, in relazione alla infondatezza del ricorso principale;

- che la questione centrale su cui è imperniato il ricorso e la prospettata illegittimità dell'ammissione di talune concorrenti alla gara, con conseguente invalidità degli atti relativi alla determinazione della soglia di anomalia e all'individuazione dell'impresa aggiudicataria attiene alla misura della cauzione provvisoria prestata da talune concorrenti, siccome ragguagliata all'importo di € 1.415.880,58 (ovvero a quello indicato nella lettera di invito come "importo a base d'asta al netto degli oneri di sicurezza"), anziché all'importo di € 1.452.364,86 come indicato nell'avviso di gara e comprensivo degli oneri di sicurezza, ivi pure indicati in € 36.484,28, ancorché erroneamente nell'avviso il suddetto importo di € 1.452.364,86 sia pure indicato come "importo a base d'asta al netto del Piano di sicurezza, non soggetto a ribasso";

- che l'art. 30 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, e successive modifiche ed integrazioni, sia nel testo vigente (come modificato dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166) sia nel testo antecedente, rapporta la misura della cauzione "...al 2 per cento dell'importo dei lavori"; e però, nel testo vigente, prevede un sistema per la determinazione della cauzione definitiva che, a differenza del precedente, è impostato a criteri di progressività in funzione proporzionale della crescita del ribasso d'asta, onde non può dubitarsi che la cauzione definitiva sia ragguagliata al solo importo a base d'asta soggetto a ribasso, e

quindi con esclusione degli oneri per la sicurezza, costituiti da importo fisso ed eguale per tutti i concorrenti non soggetto a ribasso;

- che peraltro, essendo tanto la cauzione provvisoria quanto quella definitiva ragguagliate all'importo dei lavori, non sarebbe logico ritenere che la base di computo della prima sia diversa dalla base di computo della seconda, ovvero che essa non sia rappresentata dall'importo dei lavori a base d'asta soggetti a ribasso, tenuto conto che tanto la cauzione provvisoria quanto quella definitiva assolvono a omogenee funzioni di garanzia ancorché l'una sia riferita alla serietà dell'offerta e all'adempimento dell'obbligo di stipulare il contratto e l'altra alla esecuzione del contratto, tanto da essere progressivamente svincolata in relazione allo stato di avanzamento dei lavori;

- che, d'altro canto, gli oneri di sicurezza sono del tutto estranei all'offerta, a garanzia della serietà della quale e dell'adempimento di stipulare il contratto secondo la medesima, è posta la cauzione provvisoria, onde non vi sono elementi logico-giuridici che consentano di ritenere che quest'ultima (al pari, come del resto è pacifico, della cauzione definitiva) debba essere ragguagliata anche all'importo degli oneri di sicurezza;

- che nessuna indicazione a conforto della prospettazione del ricorrente può desumersi dalla determinazione dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici n. 37 del 26 luglio 2000, relativa alle modalità di calcolo degli oneri per la sicurezza, che, d'altro canto tiene distinto "l'importo per l'esecuzione dei lavori e delle forniture (e) nonché per l'attuazione dei piani di sicurezza", ancorché entrambi confluiscono nel c.d. costo di costruzione;

- che comunque, nel caso di specie, la lettera d'invito alla gara ha espressamente indicato in € 1.415.880,58 "l'importo a base d'asta al netto degli oneri di sicurezza", ed al punto 4) ha riferito la misura della cauzione provvisoria nel "...2% (due per cento) dell'importo dei lavori e forniture (di cui al punto 9 del bando di gara)"; mentre lo stesso punto 9 del bando di gara del pari si è riferito al "...2% (due per cento) dell'importo dei lavori e forniture"; ovvero a elementi che non attengono alla ben diversa categoria concettuale (da indicare specificamente e separatamente nel bando e nella lettera d'invito) degli "oneri per la sicurezza";

- che nel possibile contrasto tra il bando di gara (che al punto 2. indicava erroneamente l'importo a base d'asta in € 1,452.364,86 come al netto degli oneri di sicurezza, laddove in esso erano ricompresi i suddetti oneri pari ad € 36.484,28, come indicati al punto 4.2) e la lettera d'invito alla gara (che ha indicato chiaramente l'importo a base d'asta al netto degli oneri di sicurezza in € 1.415.880,58) deve darsi prevalenza alle clausole di quest'ultima costituenti la *lex specialis* della procedura concorsuale, e ciò senza trascurare che le clausole dubbie debbono essere interpretate alla luce del *favor participationis* secondo principi generali del tutto pacifici in giurisprudenza;

- che pertanto, esclusa la fondatezza del quarto motivo di ricorso, e rilevata altresì l'infondatezza, in via consequenziale, del primo motivo e del secondo motivo (concernenti rispettivamente l'omessa esclusione dell'A.T.I. Michele \*\*\*\*-Emme Effe Costruzioni S.r.l. e della \*\*\*\* S.r.l.) poiché la cauzione provvisoria è stata prestata nell'esatta misura dovuta computata sull'importo dei lavori e forniture, ovvero sull'importo a base d'asta, come indicato nella lettera d'invito, non hanno alcuna rilevanza le questioni relative alla sufficienza della cauzione prestata dall'A.T.I. Vincenzo \*\*\*\*-\*\*\*\* S.r.l., dedotte col terzo motivo, poiché soltanto con la consentanea esclusione di tutti i concorrenti innanzi indicati l'impresa ricorrente potrebbe aspirare all'aggiudicazione dell'appalto, laddove certamente legittima è

l'ammissione alla gara dell'A.T.I. Michele \*\*\*\*-Emme Effe Costruzioni S.r.l. e della \*\*\*\* S.r.l.; del pari risultano infondate le censure dedotte coi motivi aggiunti perché la nota commissariale gravata è meramente esplicativa della lettera d'invito e non ne modifica punto le previsioni, mentre non può darsi ingresso alla generica impugnativa dell'ammissione di altre imprese, peraltro inammissibile non essendo state le medesime intimare;

- che in conclusione il ricorso in epigrafe deve essere rigettato siccome infondato e dichiarato inammissibile per difetto d'interesse il ricorso incidentale;

Quanto alle spese, in relazione alla peculiarità delle questioni affrontate, sussistono giusti motivi per dichiararne l'integrale compensazione tra le parti, mentre non vi è luogo a provvedere per le altre parti private intimare e non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. Prima, rigetta il ricorso in epigrafe n. 1175 del 2003 e dichiara inammissibile per difetto d'interesse il ricorso incidentale  
Spese compensate tra le parti costituite.

Nulla per le spese delle altre parti private intimare non costituite..

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

Così deciso in Bari nella Camera di Consiglio del 10 settembre 2003, con l'intervento dei magistrati:  
GENNARO FERRARI Presidente

AMEDEO URBANO Cons.

LEONARDO SPAGNOLETTI Cons. , relatore