



Ditta partecipante, “vittima” di una società di intermediazione finanziaria soggetta a cancellazione da parte della banca di Italia: assolutamente legittima l’esclusione dalla procedura pubblica, anzi doverosa!

Né assume valore il rilievo, evidenziato dal Comune resistente, secondo cui l’iscrizione nell’elenco di cui all’art. 107 del T.U. n. 385/93 risultava sui moduli delle garanzie rilasciate!!!!!!!!!!!!!!!

SEGNALIAMO L’EMARGINATA SENTENZA DEL TAR BASILICATA, SEZ. DI POTENZA, NUMERO 907 DEL 19 SETTEMBRE 2003 \*\*\*\*\* A “MONITO” DELL’USO DI CAUZIONI PROVVISORIE PREFIRMATE E PRESTAMPATE, QUASI FOSSERE BIGLIETTI PER UN TRASPORTO URBANO DA TENERE IN TASCA E OBLITERARE QUANDO OCCORRE.....

L’art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, al primo comma, come da ultimo modificato dall’art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, ha previsto che “L’offerta da presentare per l’affidamento dell’esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell’importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica...”.

**La disposizione dianzi riportata è chiara nell’individuare come atti del tutto distinti, da una parte, l’iscrizione nell’elenco speciale di cui all’art. 107 T.U. n. 385/93, e, dall’altra, la prescritta autorizzazione ministeriale, entrambi richiesti perché sia valida, per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, la cauzione provvisoria prestata a mezzo di fideiussione rilasciata dagli intermediari finanziari.**

Nel caso di specie, per le concorrenti ditte \*\*\*\*\* , la garanzia fideiussoria è stata rilasciata, rispettivamente in data 7.2.2003 e in data 10.1.2003, dalla \*\*\*\*\* S.p.A., -Società \*\*\*\*++ che è una società di intermediazione finanziaria, la quale, secondo quanto risulta dalla documentazione prodotta in giudizio dalla ricorrente, non risultava iscritta, alle date di rilascio delle suddette garanzie fideiussorie, nell’elenco speciale di cui all’art. 107 del T.U. n. 385/93 per effetto del provvedimento di cancellazione adottato in data \*\*\*\*\*+ dalla Banca d’Italia.

Né assume valore il rilievo, evidenziato dal Comune resistente, secondo cui l’iscrizione nell’elenco di cui all’art. 107 del T.U. n. 385/93 risultava sui moduli delle garanzie rilasciate. Ciò in quanto rileva in via esclusiva, al fine di verificare la validità della cauzione prestata, il dato oggettivo dell’iscrizione dell’intermediario finanziario nel suddetto elenco alla data in cui la garanzia viene rilasciata. E non è contestata la circostanza, documentalmente provata, che la \*\*\*\*\*. non fosse iscritta, alla data di rilascio delle garanzie fideiussorie alle ditte \*\*\*\*\*++ , nell’elenco di cui all’art. 107 del T.U. n. 385/93.

L’inidoneità delle garanzie fideiussorie rilasciate dalla \*\*\*\*\*. **determina l’esclusione delle ditte \*\*\*\*** dalla procedura selettiva, in presenza di una espressa clausola contenuta nel disciplinare di gara, che appunto sanziona con l’esclusione la mancata prestazione della cauzione provvisoria in una delle forme indicate dalla lex specialis o tipizzate dall’art. 30 della L. n. 109/94, integrativa del disciplinare di gara per quanto in esso non espressamente previsto.

**Deve solo aggiungersi che l’esclusione dalla gara di concorrenti che hanno prestato cauzioni non valide si giustificherebbe anche in applicazione del criterio cd. teleologico, essendo stata la cauzione provvisoria prevista a garanzia della serietà ed affidabilità dell’offerta, quindi a presidio di un pregnante interesse della stazione appaltante**

Precedenti sentenze correlate

/am

Con la sentenza numero 3071 del 30 maggio 2003, il Tar Veneto, Venezia, conferma che gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, per poter emettere cauzioni provvisorie legittime negli appalti di lavori, debbano essere debitamente autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica

L'adito giudice amministrativo distingue infatti tra l'iscrizione nell'elenco speciale, la prescritta autorizzazione ministeriale, entrambi richiesti perché sia valida la fidejussione rilasciata dagli intermediari finanziari per la partecipazione alla gara d'appalto di lavori pubblici

Con questa impostazione, di indubbia innovazione, si sono trovati d'accordo già altri due tribunali amministrativi:

Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sentenza n. 104 del 22 marzo 2003

Per quanto riguarda il soggetto garante – la Compagnia \*\*\*\* s.p.a. – il Collegio osserva che, come si è visto, non è stato documentato il rilascio della autorizzazione ministeriale in capo alla medesima società, e detta autorizzazione – de plano – costituiva una conditio sine qua non in base al richiamato art. 145, comma 50 della legge n. 388.

Questa disposizione stabilisce, infatti, che **gli intermediari finanziari** iscritti nell'elenco speciale di cui **all'art. 107** del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che svolgano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, **debbono essere autorizzati all'esercizio** di detta attività dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

L'autorizzazione in parola costituisce - chiaramente - una condizione esplicita e non certo "implicita" per lo svolgimento della ripetuta attività, come sostiene erroneamente la ricorrente, affermando che l'accertamento dell'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385 del 1993 è sufficiente a dimostrare anche la presupposta avvenuta autorizzazione del Ministero. **Questa affermazione è del tutto avulsa da una lettura letterale e logica dell' art. 145, comma 50 della legge n. 388, come sopra riportato.**

TAR Sicilia, Palermo. Sentenza n. 705 del 29 aprile 2003

Ebbene, alla luce della riportata disposizione di legge, contrariamente all'assunto della Costituenda A.T.I. ricorrente principale, deve ritenersi che **le società di intermediazione finanziaria** per potere **rilasciare idonee polizze fideiussorie** concernenti gli appalti di opere pubbliche debbano non solo essere iscritti nel predetto albo speciale, ma **debbono anche essere in possesso di una apposita autorizzazione ministeriale**. La "ratio" della specifica autorizzazione appare, poi, evidente, ove si consideri la particolare rilevanza degli appalti pubblici e quindi la maggiore efficacia delle garanzie rilasciate in tale ambito.

Stante che nella fattispecie risulta incontroverso che la polizza fideiussoria prodotta dalla costituenda A.T.I. ricorrente principale è stata rilasciata da società di intermediazione finanziaria **non in possesso dell'apposita autorizzazione, la stessa non doveva essere ammessa alla gara.**

Di Sonia LAZZINI

**INOTRE, riportiamo qui di seguito** la sintesi della sentenza che conferma l'operato della Banca di Italia di cancellazione della Società intermediazione Finanziaria (di cui alla sentenza emarginata) (non più) iscritta dall'elenco speciale di cui all' art. 107 del d.lgs. n. 385 del 1983

### **Sintesi di Tar Lazio, Sezione I di Roma, sentenza numero 4119 del 2003**

Legittimo il provvedimento della Banca di Italia di cancellazione di una Società intermediazione Finanziaria (attraverso il rilascio di garanzie e fideiussioni) dall'elenco speciale di cui all' art. 107 del d.lgs. n. 385 del 1983

Per gli **intermediari** che rilasciano garanzie, gli standard minimi costituiscono requisiti necessari per lo svolgimento della loro attività, e non una semplice soglia dalla quale dipenda il mero fatto della soggezione o immunità dalla vigilanza prudenziale

Parole chiave:

Appalti di opere/appalti di servizi – Società intermediazione Finanziaria iscritta all'elenco speciale di cui all' art. 107 del d.lgs. n. 385 del 1983 – perdita della capacità ad emettere fideiussioni - inadeguato il patrimonio di vigilanza della società in relazione ai requisiti prudenziali richiesti in materia di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico

Legittima la cancellazione dall'elenco speciale da parte della Banca d'Italia. - Mancato mantenimento continuativo del capitale sociale nella misura minima prescritta – l'esistenza di una dotazione di mezzi patrimoniali inferiore alla misura richiesta - l'elevato ammontare dei crediti di firma - inadempimento ad uno specifico obbligo di comunicazione in merito alle variazioni intervenute nei suoi esponenti aziendali – inesistenza di una minimale struttura organizzativa - assenza di un dirigente formalmente responsabile - carenza di controlli sull'esercizio dei poteri delegati – non coincidenza del numero dei collaboratori (interni ed esterni ) effettivamente operativi con quello degli accreditati - lacune documentali, assenza di sistemi di rendicontazione, (in primis, la mancanza di una inventariazione delle polizze numerate), inettitudine del sistema informativo-contabile - la mancata trascrizione dei verbali delle assemblee straordinarie – violazione degli obblighi in materia di trasparenza verso la clientela - **assenza nelle pratiche di fido della documentazione necessaria per l'analisi del merito del credito -**

**Per la chiarezza dell'esposizione, riportiamo alcuni passi dell'emarginata sentenza in tema di mala gestio nell'assunzione dei rischi delle fideiussioni, aggiungendo una nostra supposizione: si potrebbe trattare di garanzie provvisorie, prestampate? Comprate cioè allo stesso modo di un pacchetto di biglietti per i trasporti pubblici e "obliterate" ad ogni gara? Mah.....**

*"(....)*

*Incertezze sono state riscontrate, oltre che sull'entità, anche sulla qualità degli impegni fideiussori in corso, per la prevalente assenza nelle pratiche di fido della documentazione necessaria per l'analisi del merito del credito; non è stato pertanto possibile quantificare le rettifiche per rischio creditizio, e conseguentemente il reddito ed il patrimonio. In ogni caso, fideiussioni per circa 3 milioni di euro erano state rilasciate nell'interesse di soggetti segnalati a sofferenza dal sistema.*

*6a1 Ad avviso della ricorrente il provvedimento impugnato, laddove evidenzia la inattendibilità del sistema informativo e l'impossibilità di una puntuale ricostruzione dei dati aziendali al 31 dicembre del 2001, sarebbe contraddittorio con le precedenti comunicazioni della Banca d'Italia : i termini di questa presunta contraddizione non sono stati però mai specificati.*

*A proposito, poi, della contestazione circa la prevalente assenza nelle pratiche di fido della documentazione riflettente l'analisi del merito creditizio degli affidati, la ricorrente obietta di avvalersi a tal fine delle elaborazioni del Cerved, cui è abbonata. Attraverso il sistema informatico delle Camere di commercio la medesima deduce di riuscire a conseguire un quadro completo sugli affidati in ordine ad eventuali protesti, situazione dei soci, bilanci, certificati di vigenza e di fallimento. Tanto smentirebbe la contestazione che la vorrebbe manchevole del compimento di analisi di merito degli affidati. Del resto, prosegue l'intermediario, se questi addebiti fossero corretti, la sua gestione dovrebbe trovarsi allora a fronteggiare una serie infinita di sinistri sulle polizze rilasciate : poiché, però, così non sarebbe, anche questa considerazione varrebbe a confutare l'accusa di avere omesso le analisi sul merito creditizio.*

*6a2 A quest'ultimo riguardo il Tribunale ritiene sufficiente richiamarsi alla puntuale replica fatta dalla parte resistente con la memoria del 10\1\2003 (pagg. 2-3), ove è stato dato dettagliato conto degli esposti di privati e delle segnalazioni di enti pubblici pervenuti all'Organo di Vigilanza, con i quali l'operatore è stato accusato di inadempimenti e di irregolarità varie (v. anche il n. 8).*

*Quanto alle analisi del merito creditizio, è agevole opporre che le risultanze cui la ricorrente si è richiamata (sistema Cerved), risultando di natura giuridico-formale, si appalesano insufficienti ad un completo apprezzamento del rischio inerente alle operazioni creditizie, che postula il compimento anche di valutazioni specifiche sulle effettive capacità individuali di rimborso e sulle concrete possibilità di garanzia e di soddisfacimento patrimoniale. Una eloquente conferma, del resto, della scarsa attenzione della ricorrente per questi aspetti può ricavarsi dall'episodio, già segnalato, dell'emerso rilascio di fidejussioni per circa 3 milioni di euro a soggetti segnalati a sofferenza (oltre che dalla vicenda, della quale si dirà al n. 6c4, della \*\*\*\*\*. s.r.l., descritta alla pag. 20 del rapporto ispettivo)."*

#### Riferimenti normativi

d.lgs. n. 385\1993

#### Esito del giudizio:

Rigetto del ricorso

#### Conseguenze operative:

Per svolgere l'attività di intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d.lgs. n. 385\1993 , si debbano avere un capitale sociale versato almeno pari a 2 miliardi di lire, e mezzi patrimoniali pari o superiori all'ammontare previsto dall'articolo 2, comma 2 lett. a), del decreto ministeriale 13 maggio 1996.

Poiché non è pensabile di lasciare libero di esercitare un'attività, per almeno tre anni, un soggetto privo del requisito patrimoniale per la medesima specificamente prescritto, in difetto -originario o sopravvenuto che sia- di questo duplice requisito patrimoniale, non possa ammettersi l'esercizio in via esclusiva o prevalente dell'attività di rilascio di garanzie.

Attese, infatti, le ragioni di difesa del mercato che evidentemente ispirano questa previsione, la logica esige che la perdita del detto requisito produca lo stesso effetto interdittivo che si correla alla sua carenza ab origine.

Pertanto la condizione che "il venire meno delle condizioni quantitative deve risultare verificato con riferimento ad almeno tre esercizi chiusi consecutivi", vale unicamente per le fattispecie espressamente regolate dallo stesso art. 4 comma 2 d.m. 13 maggio 1996, e quindi non anche per quella formante oggetto di controversia.

In conclusione si è delineato un quadro di inaffidabilità dell'intermediario anche nei rapporti intrattenuti con l'Organo di Vigilanza, denotante la sua inidoneità ad operare nel comparto finanziario nel rispetto del principio di sana e prudente gestione e, più in generale, secondo le prescrizioni imposte dall'ordinamento per l'esercizio dell'attività di impresa

Alla luce di tutto ciò, e tenendo quindi nel debito conto la molteplicità delle violazioni accertate e soprattutto il livello della loro rilevanza e la loro inerenza a praticamente tutti gli aspetti dell'organizzazione e della dinamica aziendale, nessun dubbio sembra possibile nutrire sulla sussistenza del requisito di "gravità" legittimante la cancellazione dall'elenco speciale. Come è stato evidenziato già in sede di contestazione, e confermato all'esito del procedimento, tale giudizio di gravità riposa sulla circostanza che le violazioni accertate sono assai numerose, sistematiche e perduranti; si sostanziano nell'inadempimento di obblighi basilari previsti dall'ordinamento giuridico a carico degli intermediari finanziari; hanno comportato una notevole opacità, verso l'Organo di Vigilanza ma anche nei riguardi del mercato, circa l'andamento della società, le sue vicende e la sussistenza della sua dotazione patrimoniale

#### Ulteriori approfondimenti

---

Diversa è la portata delle prescrizioni della sezione III bis delle Istruzioni di Vigilanza emesse con il 5° aggiornamento del 19 febbraio del 2002.

nuova circolare appena citata, la quale ha introdotto l'ulteriore vincolo per cui gli intermediari attivi nel settore del rilascio di garanzie nei confronti del pubblico devono detenere attività in forma liquida per un importo non inferiore al maggiore ammontare tra il 4% del valore complessivo delle garanzie rilasciate ed il livello minimo di capitale sociale. Il novum di questa prescrizione, infatti, non sta certo nell'imperativo, per i suddetti destinatari, di mantenere in forma liquida attività per un importo non inferiore al livello minimo di capitale sociale versato, giacché tale necessità già discendeva dal precedente d.m. 2 aprile 1999: risiede, invece, nel rafforzamento della tutela del mercato attuato mediante l'imposizione di un concorrente parametro, variabile, costituito dal 4% del valore complessivo delle garanzie rilasciate, al quale dovrà essere commisurata la liquidità dell'operatore tutte le volte che tale percentuale del 4 % superi il limite ex d.m. ult. cit. dei due miliardi di lire. Ed è in dipendenza dell'introduzione di questo nuovo standard, e per dare modo agli operatori di accrescere la loro riserva di liquidità fino a raggiungerlo, che nella modifica delle Istruzioni di Vigilanza del 19 febbraio del 2002 è stato concesso un termine per l'adeguamento

\*\*\*\*\*TAR BASILICATA, SEZ. DI POTENZA, NUMERO 907 DEL 19 SETTEMBRE 2003

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 201/03 proposto dalla ditta \*\*\*\* Nicola, in persona del titolare e legale rappresentante sig. Nicola \*\*\*\*, rappresentata e difesa dall'avv.to Carmine Bencivenga, presso il cui studio in Potenza, alla via San Vito, pal. Coge, è elettivamente domiciliata;  
contro

- il Comune di Viggianello, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.to Vincenzo Bonafine, elettivamente domiciliato in Potenza, alla via XX Settembre n. 19, presso lo studio dell'avv.to Donato Coviello;

e nei confronti

- della ditta \*\*\*\* s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
- della ditta \*\*\*\*. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;
- della ditta \*\*\*\* Giuseppe Pietro, legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione

e previa concessione di decreto *inaudita altera parte*

- di tutti gli atti della gara pubblica indetta per l'affidamento dei "lavori di pubblica illuminazione nelle contrade abitate del territorio comunale", ed, in particolare, del verbale di gara del 18.2.2003;
  - della determinazione dirigenziale n. 163, pubblicata il 17 marzo 2003, di aggiudicazione definitiva dei lavori in oggetto alla \*\*\*\* s.a.s.;
  - di qualunque atto presupposto, connesso e consequenziale;
- nonché per il risarcimento dei danni determinati dalla illegittima adozione dei provvedimenti impugnati, nel caso in cui non dovesse risultare possibile la reintegrazione in forma specifica invocata con il ricorso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Viggianello;

Visto il decreto presidenziale del 30 aprile 2003, n. 138;

Vista l'ordinanza collegiale del 7 maggio 2003, n. 146;

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente;

Visto l'art. 23 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e visto il dispositivo di sentenza n. 30 pubblicato il 16 luglio 2003;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 10 luglio 2003, la relazione del consigliere Giuseppe Buscicchio;

Uditi gli avvocati come da relativo verbale;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con bando di gara del 12 dicembre 2002 il Comune di Viggianello indiceva una procedura di pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di "pubblica illuminazione nelle contrade abitate del territorio comunale", per un importo a base d'asta di € 125.453,71.

La gara –alla quale partecipava anche la ditta \*\*\*\* Nicola- si concludeva con l'aggiudicazione in favore della ditta \*\*\*\* s.a.s., disposta con determinazione dirigenziale n. 163 del 17 marzo 2003.

2. Con atto notificato il 14 aprile 2003 e depositato il successivo giorno 29, la ditta \*\*\*\* impugna la determinazione di aggiudicazione della gara e ne chiede l'annullamento, lamentando la presunta, illegittima ammissione alla procedura selettiva delle ditte \*\*\*\*, \*\*\*\*, ed \*\*\*\*.

La ditta ricorrente premette, in punto di interesse a ricorrere, che si aggiudicherebbe la gara ove si verificasse una delle seguenti ipotesi: a) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\*, \*\*\*\*, ed \*\*\*\*; b) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\*, ed \*\*\*\*; c) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\* e \*\*\*\*; d) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\* ed \*\*\*\*; e) esclusione della sola ditta \*\*\*\*.

A sostegno di tale affermazione produce, in allegato al ricorso, appositi conteggi.

In diritto, deduce le seguenti censure:

Violazione del bando di gara; violazione dell'art. 30 L. 109/94; eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Si sostiene, in primo luogo, che le garanzie fideiussorie, a mezzo delle quali è stata prestata la cauzione provvisoria prevista dal bando, presentate dalle ditte \*\*\*\*, ed \*\*\*\* avrebbero una durata inferiore al periodo minimo di 180 giorni previsto dalla *lex specialis*.

Ciò avrebbe dovuto condurre alla esclusione delle predette ditte dalla gara.

Si assume, ancora, che, per le ditte \*\*\*\* e \*\*\*\*, la garanzia fideiussoria sarebbe stata rilasciata da una società di intermediazione finanziaria che non risultava iscritta, nell'anno 2003, nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U. n. 385 del 1993.

Tale circostanza avrebbe dovuto determinare l'esclusione delle predette ditte dalla gara.

2.1. La ditta ricorrente chiede, infine, che, in caso di accoglimento del ricorso ed ove non dovesse risultare possibile la reintegrazione in forma specifica per effetto della avvenuta esecuzione dei lavori, l'Amministrazione comunale intimata venga condannata al risarcimento dei danni determinati dalla mancata esecuzione dei lavori e consistenti nella mancata percezione dell'utile d'impresa ammonante, quanto meno, al 10% dell'importo a base d'asta.

3. Resiste alla presente impugnativa, con atto di costituzione in giudizio depositato il 5 maggio 2003, il Comune di Viggianello che ha difeso la legittimità degli atti impugnati, concludendo per il rigetto del ricorso; spese vinte.

4. L'istanza cautelare, già anticipata dal decreto presidenziale del 30 aprile 2003 n. 138, è stata accolta con ordinanza collegiale del 7 maggio 2003 n. 146.

5. Con memoria conclusiva depositata il 4 luglio 2003, la ditta ricorrente ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

6. Non si sono costituiti gli altri soggetti indicati in epigrafe, ritualmente evocati in giudizio.

7. Alla pubblica udienza del 10 luglio 2003 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1. Il ricorso, nella parte impugnatoria, è fondato.

2. Come esposto nella narrativa in fatto, la ditta ricorrente ha premesso, in punto di interesse a ricorrere, che si aggiudicherebbe la gara ove si verificasse una delle seguenti ipotesi: a) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\*, \*\*\*\*. ed \*\*\*\*; b) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\*. ed \*\*\*\*; c) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\* e \*\*\*\*; d) contestuale esclusione delle ditte \*\*\*\* ed \*\*\*\*; e) esclusione della sola ditta \*\*\*\*.

A sostegno di tale affermazione, la ricorrente ha prodotto appositi conteggi la cui esattezza è stata verificata dal collegio.

2.1. Ciò chiarito, risulta fondata ed assorbente la censura evidenziante l'invalidità della cauzione prestata dalle ditte \*\*\*\* e \*\*\*\*, siccome rilasciata da una società di intermediazione finanziaria che non risultava iscritta, nell'anno 2003, nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U. n. 385 del 1993.

Nel disciplinare di gara è stato previsto che i concorrenti dovessero presentare, a pena di esclusione, *"...quietanza del versamento ovvero fideiussione bancaria ovvero polizza assicurativa originale relativa alla cauzione provvisoria..."*.

Nello stesso disciplinare è stato altresì disposto che *"Per quanto eventualmente non previsto nel presente bando, si farà riferimento alle normative vigenti in materia sui LL.PP. e in particolare alla L. 109/94..."*.

L'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, al primo comma, come da ultimo modificato dall'art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, ha previsto che *"L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993 n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica..."*.

La disposizione dianzi riportata è chiara nell'individuare come atti del tutto distinti, da una parte, l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U. n. 385/93, e, dall'altra, la prescritta autorizzazione ministeriale, entrambi richiesti perché sia valida, per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, la cauzione provvisoria prestata a mezzo di fideiussione rilasciata dagli intermediari finanziari.

Nel caso di specie, per le concorrenti ditte \*\*\*\*. ed \*\*\*\*, la garanzia fideiussoria è stata rilasciata, rispettivamente in data 7.2.2003 e in data 10.1.2003, dalla So.Fi.So. S.p.A., -Società di Finanziamento e Sostegno S.p.A., che è una società di intermediazione finanziaria, la quale, secondo quanto risulta dalla documentazione prodotta in giudizio dalla ricorrente, non risultava iscritta, alle date di rilascio delle suddette garanzie fideiussorie, nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U. n. 385/93 per effetto del provvedimento di cancellazione adottato in data 12 novembre 2002 dalla Banca d'Italia.

Né assume valore il rilievo, evidenziato dal Comune resistente, secondo cui l'iscrizione nell'elenco di cui all'art. 107 del T.U. n. 385/93 risultava sui moduli delle garanzie rilasciate. Ciò in quanto rileva in via esclusiva, al fine di verificare la validità della cauzione prestata, il dato oggettivo dell'iscrizione dell'intermediario finanziario nel suddetto elenco alla data in cui la garanzia viene rilasciata. E non è contestata la circostanza, documentalmente provata, che la So.Fi.SO. non fosse iscritta, alla data di rilascio delle garanzie fideiussorie alle ditte \*\*\*\*. ed \*\*\*\*, nell'elenco di cui all'art. 107 del T.U. n. 385/93. L'inidoneità delle garanzie fideiussorie rilasciate dalla So.Fi.So. determina l'esclusione delle ditte \*\*\*\*. ed \*\*\*\* dalla procedura selettiva, in presenza di una espressa clausola contenuta nel disciplinare di gara, che appunto sanziona con l'esclusione la mancata prestazione della cauzione provvisoria in una delle forme indicate dalla *lex specialis* o tipizzate dall'art. 30 della L. n. 109/94, integrativa del disciplinare di gara per quanto in esso non espressamente previsto.

Deve solo aggiungersi che l'esclusione dalla gara di concorrenti che hanno prestato cauzioni non valide si giustificerebbe anche in applicazione del criterio cd. teleologico, essendo stata la cauzione provvisoria prevista a garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta, quindi a presidio di un pregnante interesse della stazione appaltante.

3. Possono essere assorbite le rimanenti censure, in quanto dal loro accoglimento, e quindi dall'esclusione dalla gara anche della ditta \*\*\*\*, non deriverebbe un esito diverso da quello scaturente dalle sole esclusioni delle ditte \*\*\*\*. ed \*\*\*\*: in entrambi i casi, infatti, la gara verrebbe aggiudicata alla ditta odierna ricorrente.

4. Per gli esposti motivi, il ricorso, nella sua parte impugnatoria, merita accoglimento; per l'effetto, vanno annullati: a) gli atti di ammissione alla gara delle ditte \*\*\*\*. ed \*\*\*\*, adottati nel corso della seduta del 12.2.2003; b) la successiva determinazione dirigenziale n. 163 del 17 marzo 2003, recante aggiudicazione definitiva della gara alla \*\*\*\* s.a.s.

5. La domanda di risarcimento del danno deve invece essere respinta in quanto, per effetto dell'ordinanza collegiale di questo Tribunale n. 146 del 7 maggio 2003, con cui è stata sospesa l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione, i lavori non hanno avuto esecuzione.

6. Quanto alle spese di giudizio, si rinvergono motivi di equità per disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

#### IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

a) Accoglie il ricorso nella parte impugnatoria e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione;

b) Respinge la domanda di risarcimento del danno;

c) Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Potenza, addì 10 luglio 2003, dal

#### TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

in Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Antonio Camozzi

Presidente

Giuseppe Buscicchio

Componente - Estensore

Giulia Ferrari

Componente

IL PRESIDENTE

L' ESTENSORE

SEGRETARIO - Mariassunta Simonetti

Depositata in Segreteria il 19 settembre 2003.