

In Sicilia la provvisoria può essere presentata solo dalla Banca, invece la definitiva può essere rilasciata anche dalla Compagnia assicuratrice

Il deterrente della maggior onerosità della fideiussione bancaria, non ha senso di esistere anche sulla garanzia degli oneri e obblighi contrattuali

Sintesi di Tar Sicilia, Seconda Sezione di Palermo, sentenza n. 1199 del 31 luglio 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori – Regione Sicilia – scelta del legislatore solo provvisoria tramite Banca – maggior onerosità quale deterrente alla partecipazione di imprese “a cartello” – limite non imposto all’impegno a sottoscrivere la definitiva – garanzia oneri e obblighi contrattuali anche tramite polizza

Esito del giudizio:

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso principale, rigetta il ricorso incidentale ed annulla, per l’effetto e per quanto di ragione, i provvedimenti impugnati

Conseguenze operative:

Una cosa è la durata dei lavori, altra cosa è la durata dell’impegno del promittente fideiussore definitivo, in quanto solo in caso di aggiudicazione questi è tenuto a prestare la prevista cauzione per l’esecuzione del contratto e per tutta la sua durata.

La (esclusiva) provenienza bancaria per la cauzione è plausibile, soltanto con riguardo a quella cauzione che il comma 1 di detta legge-quadro fissa in misura “pari al 2 per cento” (ridotto dalla normativa regionale), cioè la cauzione provvisoria, non già con riguardo alla garanzia definitiva, fissata dal successivo comma 2 nella misura del “10 per cento”.

La normativa regionale, in altre parole, fa espresso riferimento alla “cauzione di cui al comma 1”, che cita soltanto la cauzione provvisoria, mentre contempla il secondo adempimento soltanto in termini di “impegno”, rispetto ad una garanzia disciplinata nel comma 2.

La lettera della norma regionale depone, pertanto, nel senso di essere riferita soltanto alla cauzione provvisoria.

Inoltre, la ratio dell’innovazione regionale risiede nell’esigenza del Legislatore Regionale di arginare, mediante la maggiore onerosità della garanzia fideiussoria prestata da istituto bancario, la partecipazione in gara di cordate di imprese aventi il solo scopo di predeterminare, grazie al numero delle loro offerte, la media per l’aggiudicazione.

Se è questo il fine della restrizione, non pare che vi sia motivo di estendere la cautela, cioè la maggiore onerosità della garanzia, alla cauzione definitiva, la quale serve, infatti, soltanto a garantire la regolare esecuzione dei lavori.

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
SENTENZA

sul ricorso n. 891/2003 R.G., proposto dalla "*****" s.r.l.,
contro

- la Soprintendenza per i Beni culturali ed ambientali di Trapani, in persona del Soprintendente pro-tempore,

- l'Assessorato regionale per i Beni culturali e ambientali e Pubblica istruzione della Sicilia, in persona dell'Assessore pro-tempore,

entrambi rappresentati e difesi, come per legge, dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria;

e nei confronti

- della "*****" s.r.l.;

- della "***** Restauri" s.r.l.;

per l'annullamento, previa sospensione,

"- dell'atto, adottato dal seggio di gara nella seduta del 16 gennaio 2003, con cui l'offerta delle ricorrenti è stata esclusa dalla gara a pubblico incanto per l'aggiudicazione dei lavori di «scavo archeologico e sistemazione a parco dell'area in corso di demanializzazione dell'insediamento eneolitico di Roccazzo-Mazara del Vallo (TP)»;

"- dell'atto, adottato nella medesima seduta, con cui il lavoro è stato aggiudicato alle controinteressate riunite in A.T.I.;"

"- del relativo verbale, nelle parti corrispondenti, nonché di tuffi gli atti presupposti e consequenziali, come infra specificati".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti resistenti e le relative difese;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata impresa "*****" s.r.l.;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;

Uditi, alla pubblica udienza del 29 maggio 2003, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la "*****" s.r.l. e la "*****" s.r.l., in proprio e quali componenti di una costituenda A.T.I., premesso di essere state escluse dalla gara di cui in epigrafe (verbale del 16 gennaio 2003) per avere prestato "la fideiussione in forma disgiunta versando quella provvisoria tramite polizza bancaria e producendo per la fideiussione definitiva l'impegno di una

compagnia assicurativa" e che in assenza di detta esclusione sarebbero risultate aggiudicatarie della gara (col ribasso del 17,47 %) in luogo della A.T.I. "****" s.r.l.-"**** Restauri" s.r.l., impugnano i provvedimenti di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, vinte le spese, deducendo: "violazione ed errata applicazione degli artt. 30 L. n. 109/94, 24 L.r. n. 7/02 e 100 d.P.R. n. 554/99. Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto, sviamento ed illogicità".

Contrariamente a quanto ritenuto dal seggio di gara "... non v'è alcuna ragione, testuale o sostanziale, per ritenere che "il fidejussore", che s'impegna a rilasciare la garanzia fidejussoria definitiva, debba essere lo stesso soggetto che rilascia la garanzia provvisoria e, dunque, un istituto bancario".

2. Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, l'Amministrazione intimata, che con rituale memoria difensiva contesta le addotte censure chiedendo la reiezione del ricorso con ogni conseguente statuizione sulle spese.

3. Resiste anche l'intimata impresa "**** S.r.l." che chiede il rigetto del gravame con vittoria di spese, proponendo, altresì, ricorso incidentale col quale postula che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa in quanto:

a) l'impegno per la cauzione provvisoria fino al 13 luglio non coprirebbe i prescritti 180 giorni dal giorno della gara 16.1.2003;

b) l'impegno per la cauzione definitiva, dal 15.1.03 al 16.7.03, sarebbe al di sotto del termine di durata dei lavori previsti in 24 mesi.

4. All'udienza camerale dell'11.3.2003 l'esame dell'istanza di sospensione del provvedimento impugnato è stato rinviato al merito su richiesta della difesa attrice.

5. Le imprese ricorrenti hanno replicato al ricorso incidentale con memoria depositata in data 27.3.2003, insistendo per l'accoglimento del gravame.

6. Alla pubblica udienza del 29 maggio 2003, presenti i Difensori delle parti - che si sono riportati agli scritti difensivi insistendo nelle relative conclusioni - la causa è stata posta in decisione

DIRITTO

1. Pregiudiziale all'esame del ricorso principale è quello del ricorso incidentale col quale la controinteressata deduce, al fine di caducare l'interesse al ricorso dell'ATI **** S.r.l., la illegittima ammissione alla gara di quest'ultima.

2. La deduzione è infondata:

a) quanto alla cauzione provvisoria prodotta dall'ATI ricorrente essa appare validamente prestata fino al 13 luglio 2003, dato che il bando (v. punto 3, lett. n) richiedeva la validità della cauzione in parola "per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta" e non (come si assume dalla ricorrente incidentale) dalla data della gara (fissata per il 16.1.2003);

b) quanto all'impegno per la cauzione definitiva prodotto dalla medesima ATI (nella specie dal 15.1.03 al 16.7.03) esso è da ritenersi valido, posto che il termine di durata dei lavori (previsti in 24 mesi) preso a riferimento dalla ricorrente incidentale non rileva ai fini di che trattasi. Ed infatti, una cosa è la durata dei lavori, altra cosa è la durata dell'impegno del promittente fideiussore definitivo, in quanto solo in caso di aggiudicazione questi è tenuto a prestare la prevista cauzione per l'esecuzione del contratto e per tutta la sua durata.

3. Ciò posto, in relazione al ricorso principale, si deve osservare (in conformità a quanto ritenuto da questa Sezione con sent. n. 1036/2003, resa in fattispecie analoga) quanto segue.

Il Seggio di gara ha postulato che, poiché la legge reg. n. 7/02 ha prescritto che, per gli appalti di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, la fideiussione per la cauzione provvisoria provenga da istituto bancario, eguale provenienza debba avere l'impegno al rilascio di fideiussione per la cauzione definitiva.

Tale postulato non si ritiene di poter condividere.

Come è noto, la novella regionale ha interposto, tra i due commi dell'art. 30 della legge-quadro statale n. 109/1994, un'ulteriore prescrizione (comma 1-bis) disponendo che "la cauzione di cui al comma 1 è ridotta allo 0.50 per cento da prestarsi con fideiussione bancaria".

La (esclusiva) provenienza bancaria per la cauzione è plausibile, tuttavia, soltanto con riguardo a quella cauzione che il comma 1 di detta legge-quadro fissa in misura "pari al 2 per cento" (ridotto dalla normativa regionale), cioè la cauzione provvisoria, non già con riguardo alla garanzia definitiva, fissata dal successivo comma 2 nella misura del "10 per cento".

La normativa regionale, in altre parole, fa espresso riferimento alla "cauzione di cui al comma 1", che cita soltanto la cauzione provvisoria, mentre contempla il secondo adempimento soltanto in termini di "impegno", rispetto ad una garanzia disciplinata nel comma 2.

La lettera della norma regionale depone, pertanto, nel senso di essere riferita soltanto alla cauzione provvisoria.

Inoltre, la ratio dell'innovazione regionale risiede nell'esigenza del Legislatore Regionale di arginare, mediante la maggiore onerosità della garanzia fideiussoria prestata da istituto bancario, la partecipazione in gara di cordate di imprese aventi il solo scopo di predeterminare, grazie al numero delle loro offerte, la media per l'aggiudicazione.

Se è questo il fine della restrizione, non pare che vi sia motivo di estendere la cautela, cioè la maggiore onerosità della garanzia, alla cauzione definitiva, la quale serve, infatti, soltanto a garantire la regolare esecuzione dei lavori.

Conseguentemente, l'esclusione delle imprese ricorrenti è da ritenersi erroneamente disposta dal Seggio di gara.

4. In conclusione, respinto il ricorso incidentale, i provvedimenti impugnati col ricorso principale non resistono alle esaminate censure, onde queste vanno accolte con la conseguente statuizione di annullamento.

Sussistono giusti motivi, in relazione agli specifici profili della controversia, per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Seconda, accoglie il ricorso principale, rigetta il ricorso incidentale ed annulla, per l'effetto e per quanto di ragione, i provvedimenti impugnati

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 29 maggio 2003

Depositata in Segreteria addì 31.7.03