

In Sicilia, il cambiamento attuato dalla (diversa e ultima) dicitura relativa all'Impegno "di un fideiussore", rispetto all'impegno "del fideiussore", apre alle Compagnie l'emissione della definitiva

Non può la legge della gara restringere alla sola fideiussione bancaria la modalità di prestazione della cauzione definitiva, senza ledere le posizioni soggettive dei concorrenti garantite dalla norma primaria

Sintesi di Tar Sicilia, Seconda Sezione di Palermo, sentenza n. 1217 del 31 luglio 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori – Regione Sicilia – la Legge n. 7 del 19 maggio 2003 ha modificato le modalità di presentazione della definitiva —dall' impegno del fideiussore all'impegno di un fideiussore – possibilità anche per le Compagnie assicuratrici a rilasciare la garanzia per gli oneri e obblighi contrattuali – lesiva di posizioni soggettive dei concorrenti, una *lex specialis* limitativa alle sole fideiussioni bancarie definitive

L'interesse pubblico risulta garantito sia dalla fideiussione bancaria che dalla polizza

Esito del giudizio:

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, nei limiti di cui in motivazione

Conseguenze operative:

Pertanto, l'introduzione, nel corpo dell'art. 30 della legge quadro, del comma 1-bis, ad opera del legislatore siciliano, **non ha alcuna refluenza sul regime della cauzione definitiva**, che rimane disciplinata – quanto alle possibili forme che essa può assumere, e ai soggetti che possono impegnarsi a rilasciarla - dall'ampia previsione preesistente (sulla quale il legislatore regionale non è intervenuto: se non, successivamente, per ribadire il concetto qui sostenuto, ed evitare paradossali soluzioni che già si sarebbero potute escludere comunque in via interpretativa).

Conseguentemente, le non perspicue clausole del bando e del disciplinare sopra richiamate, che – a proposito della garanzia per l'ipotesi di aggiudicazione - si riferiscono indifferentemente sia alla "fideiussione bancaria" che alla "polizza assicurativa fideiussoria", nella parte in cui richiedono che la cauzione definitiva costituisca oggetto della "dichiarazione di un istituto bancario", da allegare all'offerta, **si pongono in contrasto con la esaminata disciplina primaria**, che invece non ha inteso irrigidire a tal punto le modalità di partecipazione alla gara d'appalto, né restringere in tal modo le relative facoltà delle imprese.

D'altra parte, se la legge lascia, in relazione alla cauzione definitiva, un certo margine di scelta – nei termini riferiti - **all'autonomia privata delle imprese partecipanti**, a garanzia delle relative valutazioni di convenienza economica, reputando evidentemente **indifferente per l'interesse pubblico portato dall'amministrazione aggiudicatrice l'opzione in favore di una piuttosto che di un'altra** delle alternative legalmente date, non può la legge della gara restringere alla sola fideiussione bancaria la modalità di prestazione della cauzione definitiva, senza ledere le posizioni soggettive dei concorrenti garantite dalla norma primaria

Ricordiamo che la differenza esiste anche nella normativa statale

Art. 30. (Garanzie e coperture assicurative) della L. 109/94 s.m.i.

1. 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'articolo 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 e dall'impegno **del fidejussore** a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. Ai non aggiudicatari la cauzione è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione.

Art. 100 (Cauzione provvisoria) del dpr 554/99

1. La cauzione provvisoria prevista dall'articolo 30, comma 1, della Legge può essere costituita a scelta dell'offerente in contanti o in titoli del debito pubblico o garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una Sezione di Tesoreria Provinciale o presso le aziende di credito autorizzate a titolo di pegno a favore delle stazione appaltanti. La cauzione può essere costituita, sempre a scelta dell'offerente anche mediante fideiussione bancaria ovvero mediante polizza assicurativa fideiussoria con clausola di pagamento a semplice richiesta.

2. La cauzione provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno **di un fidejussore** verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto o della concessione.

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione II, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso n. 17/2003, sezione II, proposto dalla **** s.r.l.,

CONTRO

Il Comune di Calamonaci, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio e nei confronti

della Costruzioni **** s.p.a.,

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE

del verbale di aggiudicazione dei lavori per la ristrutturazione e l'adeguamento dei locali del plesso della Scuola media ed elementare, I stralcio, del Comune di Calamonaci, con il quale i lavori sono stati aggiudicati all'associazione temporanea di imprese fra la Società **** s.r.l. e la Costruzioni **** s.p.a.;

ove occorra, del bando di gara per l'aggiudicazione dei lavori per la ristrutturazione e l'adeguamento dei locali del plesso della Scuola media ed elementare, I stralcio, del Comune di Calamonaci;

ove occorra, della nota del Comune di Calamonaci prot. 6126 del 3 dicembre 2002;

di qualunque altro atto connesso agli atti e ai provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata, con le deduzioni difensive;

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente;

Visti gli atti tutti di causa

Vista l'ordinanza cautelare n. 55/2003 emessa da questa Sezione;

Designato Relatore il Referendario Giovanni Tulumello;

Uditi, alla pubblica udienza del 25 febbraio 2003, i procuratori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto.

FATTO

Con ricorso notificato il 23 dicembre 2002, e depositato il 2 gennaio 2003, la s.r.l. **** (****) chiedeva annullarsi i provvedimenti impugnati, deducendone l'illegittimità.

Esponessa, in particolare, la ricorrente di esser stata esclusa dalla gara d'appalto di che trattasi, per aver presentato, quale cauzione provvisoria, fideiussione bancaria e, per la cauzione definitiva, dichiarazione d'impegno della società assicuratrice ****

Ad avviso del seggio di gara, l'impegno a prestare la cauzione definitiva doveva essere assunto dal medesimo fideiussore che aveva rilasciato la garanzia provvisoria.

Deduceva pertanto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione della l. 109/1994, della l.r. 7/2002, ed eccesso di potere sotto vari profili, nonché violazione e falsa applicazione del d.P.R. 554/1999 e della l. 241/1990.

Formulava altresì domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione intimata in relazione al danno patito in conseguenza dell'esclusione dalla gara.

In data 13 gennaio 2003 si costituiva in giudizio, per resistere al ricorso, la controinteressata s.p.a. Costruzioni ****.

Con ordinanza n. 55/2003, questo Tribunale accoglieva la domanda cautelare di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati.

In vista dell'udienza la ricorrente produceva memoria.

Il ricorso era trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 25 febbraio 2003.

DIRITTO

La ricorrente si duole della clausola del bando di gara, e del provvedimento di esclusione della stessa dalla gara, emesso in applicazione di tale clausola, secondo la quale l'impegno di prestare la garanzia definitiva dovrebbe essere rilasciato dal fideiussore (istituto di credito) che ha rilasciato la garanzia provvisoria.

In particolare, l'art. 8, lett. a), del bando di gara prevede che la cauzione provvisoria consiste in una "fideiussione bancaria ai sensi dell'art. 30, comma 1 bis, della legge 109/94 e successive modificazioni nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7"; mentre alla successiva lettera b) si stabilisce che all'offerta dei concorrenti deve essere allegata una "dichiarazione di un istituto bancario contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione o polizza relativa alla cauzione definitiva, in favore della stazione appaltante valida fino a 180 giorni dalla data indicata al punto 6.1. del presente bando".

Il punto 6) del disciplinare di gara stabilisce poi che all'offerta deve esser allegata una "dichiarazione di un istituto bancario 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."

Nel verbale delle operazioni di gara si legge che l'odierna ricorrente "è stata esclusa in quanto non è stato allegato l'impegno del fideiussore a rilasciare cauzione definitiva in caso di aggiudicazione secondo quanto previsto al punto 8b) del bando di gara e al punto 6 del disciplinare di gara, essendo stata allegata polizza fideiussoria assicurativa rilasciata dalla compagnia RAS assicurazioni".

La normativa di rango primario, richiamata dal bando di gara, risultante dalla integrazione della legge quadro nazionale (l. 109/1994) ad opera della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, si caratterizza per l'aggiunta, nel corpo dell'art. 30 della legge quadro, di un comma 1-bis, il quale testualmente recita: "per i lavori d'importo a base d'asta inferiori alla soglia comunitaria e superiori a 150.000 euro la cauzione di cui al comma 1 è ridotta allo 0,50 per cento da prestarsi a mezzo di fideiussione bancaria (...).".

La disposizione in esame, dunque, disciplina la cauzione provvisoria, riducendone l'importo percentuale per una categoria di lavori di minore caratura economica, ma nel contempo restringendo le modalità di prestazione alla sola fideiussione bancaria (nell'evidente intento di rendere più selettiva, sul piano delle garanzie, la partecipazione delle imprese alle gare d'appalto di minore rilievo economico, così da operare una pre-selezione di fatto dell'interesse alla partecipazione e della serietà del relativo impegno).

Tale disposizione, peraltro, non ha né direttamente, né indirettamente, toccato l'istituto della cauzione definitiva, disciplinata dal comma 2 del citato art. 30, ai sensi del quale l'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia del 10 per cento dell'importo degli stessi: garanzia che, secondo il successivo comma 2-bis, può consistere tanto in una "fideiussione bancaria" che in una "polizza assicurativa".

L'equivoco sorge dal fatto che il primo comma dell'art. 30, nel prevedere che la cauzione provvisoria può consistere in una fideiussione bancaria od assicurativa (o rilasciata dagli intermediari finanziari autorizzati), prevede che l'offerta sia altresì accompagnata "dall'impegno del fideiussore" a rilasciare la garanzia definitiva, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

Ne deriva che una lettura meramente letterale, che riferisse l'individuazione del fideiussore competente al rilascio della garanzia definitiva in colui (e solo in colui) che ha rilasciato la garanzia provvisoria, nell'ipotesi di cui al comma 1-bis produrrebbe la conseguenza di esigere, indirettamente e surrettiziamente, la fideiussione bancaria anche per la garanzia definitiva, sol perché "il" fideiussore che deve assumere l'impegno dovrebbe essere (necessariamente) identificato con "il" fideiussore (istituto di credito) che ha rilasciato la cauzione provvisoria.

Questa lettura del dato positivo non è condivisibile, almeno per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, come già si è osservato nella richiamata ordinanza cautelare, l'art. 30, comma 1-bis, prevede particolari modalità per la prestazione della cauzione provvisoria, da rilasciarsi (soltanto) mediante fideiussione bancaria, che in quanto eccezionali e limitative (della facoltà di partecipare alla gara), non possono che intendersi riferite esclusivamente alla fattispecie specificamente disciplinata, e non anche, in via d'interpretazione, alla successiva garanzia da prestarsi per il caso di aggiudicazione.

In secondo luogo, è palese il difetto di coordinamento fra il comma 1 (immodificato), ed il comma 1-bis (introdotto dal legislatore regionale) dell'art. 30 l. 109/1994: il comma 1, nel richiedere "l'impegno del fideiussore" a rilasciare la garanzia definitiva, non contemplava, nel momento in cui è stato redatto, l'esistenza di una successiva disposizione che restringesse la categoria dei fideiussori, per alcune opere, ai soli istituti di credito, sicché il riferimento al (e non ad un) fideiussore lascia comunque salva l'autonomia della parte nella scelta del garante nell'ambito dell'ampia previsione del medesimo comma 1.

Tanto ciò è vero che il legislatore regionale, resosi conto dei potenziali effetti dirompenti del rilevato difetto di coordinamento, vi ha successivamente posto rimedio, intervenendo (con l'art. 20, comma 1, della l.r. 19 maggio 2003, n. 7) sul comma 1 dell'art. 30, e stabilendo che le parole "dall'impegno del fideiussore" sono sostituite dalle parole "dall'impegno di un fideiussore".

Questo successivo intervento del legislatore regionale, se contribuisce a coordinare con maggiore chiarezza le due disposizioni esaminate (commi 1 ed 1-bis dell'art. 30 l. 109/1994), indica peraltro una soluzione già raggiungibile in via interpretativa nel precedente quadro normativo, semplicemente limitando alla cauzione provvisoria la particolare, ed eccezionale, forma di aggravamento (e di limitazione) per essa, e solo per essa, prevista.

Pertanto, l'introduzione, nel corpo dell'art. 30 della legge quadro, del comma 1-bis, ad opera del legislatore siciliano, non ha alcuna refluenza sul regime della cauzione definitiva, che rimane disciplinata – quanto alle possibili forme che essa può assumere, e ai soggetti che possono impegnarsi a rilasciarla – dall'ampia previsione preesistente (sulla quale il legislatore regionale non è intervenuto: se non, successivamente, per ribadire il concetto qui sostenuto, ed evitare paradossali soluzioni che già si sarebbero potute escludere comunque in via interpretativa).

Conseguentemente, le non perspicue clausole del bando e del disciplinare sopra richiamate, che – a proposito della garanzia per l'ipotesi di aggiudicazione – si riferiscono indifferentemente sia alla “fideiussione bancaria” che alla “polizza assicurativa fideiussoria”, nella parte in cui richiedono che la cauzione definitiva costituisca oggetto della “dichiarazione di un istituto bancario”, da allegare all'offerta, si pongono in contrasto con la esaminata disciplina primaria, che invece non ha inteso irrigidire a tal punto le modalità di partecipazione alla gara d'appalto, né restringere in tal modo le relative facoltà delle imprese.

D'altra parte, se la legge lascia, in relazione alla cauzione definitiva, un certo margine di scelta – nei termini riferiti – all'autonomia privata delle imprese partecipanti, a garanzia delle relative valutazioni di convenienza economica, reputando evidentemente indifferente per l'interesse pubblico portato dall'amministrazione aggiudicatrice l'opzione in favore di una piuttosto che di un'altra delle alternative legalmente date, non può la legge della gara restringere alla sola fideiussione bancaria la modalità di prestazione della cauzione definitiva, senza ledere le posizioni soggettive dei concorrenti garantite dalla norma primaria.

Per tale ragione non può accedersi al rilievo della parte controinteressata, laddove afferma che una simile, più rigorosa richiesta, di produrre la “dichiarazione di un istituto bancario” (art. 8, lett. b, del bando), sarebbe “frutto di una scelta discrezionale dell'Amministrazione”: quest'ultima trova infatti un limite nelle garanzie dell'autonomia privata riconosciute direttamente dalla legge.

Conseguentemente, deve ritenersi illegittimo anche il provvedimento di esclusione impugnato, emanato sul presupposto delle richiamate clausole del bando e del disciplinare.

Appare pertanto assorbente la fondatezza del primo motivo di gravame.

I provvedimenti impugnati vanno pertanto annullati, per quanto di ragione.

Sussistono giusti motivi, anche in relazione alla novità delle questioni relative alla normativa regionale di recente introduzione, per la compensazione fra le parti costituite delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, nei limiti di cui in motivazione -----

Spese compensate.-----

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.-----

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 25 febbraio 2003, con l'intervento dei signori magistrati:-----

Calogero Adamo, Presidente
Calogero Ferlisi, Consigliere
Giovanni Tulumello, Referendario, estensore.
Presidente_____

Estensore_____

Segretario_____

Depositata in Segreteria addì 31.7.03

Il Segretario A.Nalbone