

In Sicilia, è regolare la fideiussione bancaria come garanzia provvisoria, ma l'impegno a rilasciare la garanzia definitiva può essere rilasciato anche da una società assicuratrice

La limitazione alla fideiussione bancaria non vale anche alla garanzia da prestarsi per il caso di aggiudicazione

Sintesi di Tar Sicilia – sezione II di Palermo - n. 1219 del 31 luglio 2003

Parole chiave:

appalti di lavori – obbligo di presentazione della cauzione provvisoria attraverso fideiussione bancaria – ammesso l'impegno ad emettere la definitiva anche da Compagnia di assicurazione – la cauzione definitiva può essere emessa da Banca o Compagnia – a scelta della ditta obbligata

Esito del giudizio:

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale in epigrafe, respinge in parte il ricorso incidentale e in parte lo dichiara inammissibile, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati

Conseguenze operative:

La normativa di rango primario, alla stregua della quale sono state formulate le censure in esame, 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 “fidejussione bancaria” che in una “polizza assicurativa

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 con un argomento interpretativo per absurdum).

La esaminata disciplina primaria, pertanto, non ha inteso irrigidire a tal punto le modalità di partecipazione alla gara d'appalto, né restringere – nel modo sostenuto nel ricorso incidentale - le relative facoltà delle imprese.

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. 2392/2003, sezione II, proposto dalla s.n.c. Impresa ***. & C

CONTRO

il Comune di Marsala, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito

E NEI CONFRONTI

della s.r.l. Impresa ***, in persona del legale rappresentante pro tempore Cudia Francesco, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Giacalone, ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Ferrara n. 8, presso lo studio dell'avv. Francesco Greco.

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE

del verbale, in data 10 marzo 2003, di riapertura della gara relativa all'appalto dei lavori di manutenzione dell'ex scuola di c.da Ponte Fiumarella, da destinare a centro per ritrovo disabili, nella parte in cui il Presidente del seggio di gara ha riammesso l'impresa *** ed ha aggiudicato la gara a detta impresa, precedentemente esclusa "in quanto la polizza bancaria non è pari allo 0,50% dell'importo a base d'asta come richiesto dal bando di gara";

del telegramma del 4 marzo 2003 con il quale il Comune di Marsala ha invitato l'impresa ricorrente a presentarsi per la riapertura della gara;

dell'eventuale determinazione dirigenziale con la quale è stata disposta la riapertura della gara;

di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata, il ricorso incidentale da questa proposto, e la memoria depositata il 3 luglio 2003;

Vista l'ordinanza cautelare n. 886/2003 emessa da questa Sezione;

Visti gli atti tutti di causa;

Designato relatore il Referendario Giovanni Tulumello;

Uditi, alla pubblica udienza dell'11 luglio 2003, i procuratori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso notificato il 24 aprile 2003, e depositato il successivo 2 maggio, la s.n.c. ***. impugnava i provvedimenti in epigrafe indicati, deducendone l'illegittimità.

Esponessa, in particolare, la ricorrente, di aver partecipato alla gara d'appalto per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione dell'ex scuola di contrada Ponte Fiumarella, bandita dall'amministrazione comunale intimata.

Da tale procedura selettiva era stata in un primo momento esclusa l'odierna controinteressata in quanto, ad avviso del seggio di gara, la polizza bancaria prodotta in garanzia non era stata ritenuta conforme al bando, in quanto di importo inferiore allo 0,50% dell'importo a base d'asta; la gara era quindi aggiudicata all'odierna ricorrente (verbale del 26 febbraio 2003).

Con telegramma del 4 marzo 2003, l'amministrazione comunale invitava l'impresa ricorrente a presentarsi alla riapertura della gara.

Nella seduta del 10 marzo 2003, il seggio di gara riammetteva l'impresa odierna controinteressata, e ad essa aggiudicava l'appalto.

Avverso tale ultimo provvedimento l'odierna ricorrente proponeva ricorso giurisdizionale, nel quale deduceva violazione e falsa applicazione dell'art. 13.3.c) del bando di gara, in relazione all'art. 24 della l.r. 7/2002 ed all'art. 14 dello Statuto della Regione Siciliana, con riferimento alla non ulteriore riducibilità, neppure per imprese certificate, della misura dello 0,50% sull'importo dei lavori a base d'asta quale ammontare (minimo) della cauzione provvisoria.

Si costituiva in giudizio, per resistere al ricorso, l'impresa controinteressata, con controricorso depositato il 20 maggio 2003.

In data 23 maggio 2003 la controinteressata depositava altresì ricorso incidentale, con il quale chiedeva annullarsi:

il provvedimento del 26 febbraio 2003, con il quale era stata ammessa alla gara l'offerta presentata dalla ***. S.N.C., ricorrente in via principale;

il provvedimento, sempre in data 26 febbraio 2003, di originaria esclusione dalla gara della controinteressata, ricorrente in via incidentale.

In relazione al primo dei provvedimenti impugnati in via incidentale, deduceva (primo motivo) violazione degli artt. 30 l. 109/1994, e 1, l.r. 7/2002; dell'art. 24 l.r. 7/2002, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità manifesta e difetto dei presupposti, in relazione al fatto che la ricorrente principale ha presentato una regolare fidejussione bancaria come garanzia provvisoria, ma un impegno a rilasciare la garanzia definitiva rilasciato non da un istituto di credito bensì da una società assicuratrice.

Nella memoria depositata il 3 luglio 2003 questa censura è stata ulteriormente argomentata in relazione agli effetti della l.r. 7/2003.

Deduceva inoltre (secondo motivo) violazione del punto 13.2) del bando di gara e dell'art. 75 del d.P.R. 554/1999, nonché eccesso di potere per violazione "dei principi generali dell'ordinamento giuridico amministrativo in materia di esclusione dalla gara – sotto espressa relativa comminatoria – per inidoneità della dichiarazione prodotta ad assolvere alla funzione di garanzia cui risulta preordinata", ed eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica, travisamento dei fatti ed irrazionalità, perché la ricorrente principale non avrebbe prodotto la dichiarazione di non versare in alcuna delle clausole di esclusione di cui al citato art. 75 d.P.R. 554/1999.

In relazione al secondo provvedimento impugnato con ricorso incidentale, deduceva eccesso di potere per “violazione dei principi generali dell’ordinamento giuridico amministrativo in materia di errore scusabile” e per illogicità manifesta, in relazione al fatto che la controinteressata, nel presentare una garanzia di importo inferiore allo 0,50%, è “incorsa in un errore che deve essere riconosciuto scusabile pure a fronte della estrema difficoltà dell’interpretazione e del coordinamento tra la normativa nazionale e quella regionale freneticamente succedutesi negli ultimi anni”.

Con ordinanza collegiale 886/2003, questo Tribunale amministrativo regionale accoglieva la domanda di sospensione cautelare degli effetti del provvedimento impugnato, ritenendo i motivi di censura supportati da un sufficiente *fumus boni iuris*, tale da indurre ad una ragionevole previsione sull’esito favorevole del ricorso.

Il ricorso era trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell’11 luglio 2003.

DIRITTO

1. Deve essere esaminato con priorità logica il primo motivo del ricorso incidentale, il quale ha carattere c.d. paralizzante [ciò che accade “allorché ... il ricorrente principale contesti l’aggiudicazione in favore del controinteressato e quest’ultimo faccia valere in via incidentale una causa di esclusione a carico dello stesso ricorrente principale”: (C.G.A. per la Regione Sicilia, 15 maggio 2001, n. 205)], in quanto investe profili involgenti la legittimità della partecipazione alla gara della ricorrente in via principale, e riguarda quindi una condizione dell’azione (l’interesse della ricorrente principale).

1.1. La ricorrente in via incidentale impugna il provvedimento del 26 febbraio 2003, con il quale è stata ammessa alla gara l’offerta presentata dalla ***. S.N.C., in relazione al fatto che la ricorrente principale ha presentato una regolare fideiussione bancaria come garanzia provvisoria, ma un impegno a rilasciare la garanzia definitiva rilasciato non da un istituto di credito bensì da una società assicuratrice.

La normativa di rango primario, alla stregua della quale sono state formulate le censure in esame, 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 fidejussore” 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, 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, e conseguentemente del diritto d'iniziativa economica), 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 con un argomento interpretativo per absurdum).

La esaminata disciplina primaria, pertanto, non ha inteso irrigidire a tal punto le modalità di partecipazione alla gara d'appalto, né restringere – nel modo sostenuto nel ricorso incidentale – 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, né la condotta del seggio di gara, restringere alla sola fideiussione bancaria la modalità di prestazione della cauzione definitiva, senza ledere le posizioni soggettive dei concorrenti garantite dalla norma primaria.

Afferma il ricorrente principale che la richiamata modifica, operata dalla l.r. 7/2003, non avendo natura interpretativa, in forza del dato testuale (“è sostituita”), non potrebbe avere efficacia retroattiva, ma anzi avrebbe il significato di innovare, in tal senso, l’ordinamento, solo a partire dalla sua entrata in vigore, con la conseguenza che i rapporti sorti in precedenza dovrebbero essere disciplinati da una regola di segno opposto (implicante l’obbligo di fideiussione bancaria per entrambe le garanzie).

La questione, in questi termini, è mal posta.

In primo luogo, giova rammentare che, fra i criteri d’interpretazione della legge, quello letterale non ha valore esclusivo ed univoco, dovendo essere integrato anche con altri elementi dai quali possa desumersi l’obiettivo significato da attribuire alla disposizione.

Se si esaminano i lavori preparatori della novella introdotta con la l.r. 7/2003, ci si avvede che l’unico intento che ha mosso il legislatore regionale, in relazione alla modifica in esame, è stato quello di evitare che una inesatta interpretazione della precedente disposizione, tale da imporre l’impegno a rilasciare fideiussione bancaria anche per la cauzione definitiva, creasse un ingiustificato ostacolo all’economia regionale, intralciando, senza valido motivo, l’attività delle imprese, degli istituti di credito e delle amministrazioni aggiudicatrici.

Sul presupposto dell’originario significato – limitato alla cauzione provvisoria – da attribuire alla previsione dell’obbligatoria fideiussione bancaria, si è così sancito legislativamente, con maggiori garanzie per la certezza del diritto, ciò che già in sede giurisdizionale si era affermato in sede d’interpretazione.

Che l’espressione letterale utilizzata (“è sostituito”) sia stata adoperata in senso atecnico, traspare dunque in modo inequivocabile dal confronto fra l’obiettivo funzione della disposizione, e le modalità della sua introduzione nell’ordinamento.

Peraltro, se si accedesse alla tesi sostenuta dal ricorrente incidentale, si avrebbe la paradossale conseguenza che proprio quei rapporti giuridici, sorti subito dopo l’entrata in vigore della l.r. 7/2002, che avevano destato l’allarme degli operatori al punto da indurre il legislatore regionale ad un esplicito chiarimento, verrebbero oggi ad essere colpiti dalle conseguenze negative di una interpretazione già esclusa ab origine in sede giurisdizionale e successivamente suffragata in sede legislativa, per il sol fatto che la formula letterale utilizzata in sede di modifica escluderebbe – automaticamente ed acriticamente – la natura interpretativa della modifica medesima: il che appare al di fuori da corretta logica interpretativa.

Il primo motivo del ricorso incidentale è pertanto infondato.

1.2. Con il secondo motivo del ricorso incidentale si deduce violazione del punto 13.2) del bando di gara e dell’art. 75 del d.P.R. 554/1999, nonché eccesso di potere per violazione “dei principi generali dell’ordinamento giuridico amministrativo in materia di esclusione dalla gara – sotto espressa relativa comminatoria – per inidoneità della dichiarazione prodotta ad assolvere alla funzione di garanzia cui risulta preordinata”, ed eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica, travisamento dei fatti ed irrazionalità, perché la ricorrente principale non avrebbe prodotto la dichiarazione di non versare in alcuna delle clausole di esclusione di cui al citato art. 75 d.P.R. 554/1999.

La censura è infondata.

Dalla documentazione prodotta a sostegno del ricorso incidentale emerge che la ricorrente principale ha correttamente reso, in sede di offerta, la dichiarazione “di non trovarsi nelle condizioni previste nell’art. 75, comma 1, lettere a), b), c), d), e), f), g), h), del D.P.R. N. 554/999 e successive

modificazioni ed integrazioni”, seguita dalla analitica specificazione delle singole condizioni contemplate dalla disposizione richiamata.

La circostanza che, in sede di specificazione, le dichiarazioni siano state rese in forma positiva piuttosto che negativa, non muta il valore della dichiarazione, atteso che si tratta, appunto, di proposizioni specificative di una generale ed unitaria dichiarazione di segno inequivocabilmente negativo, sicché è immediatamente percepibile *ictu oculi* l'univoco significato della complessiva dichiarazione.

2. Passando ora all'esame del ricorso principale, esso è rivolto contro il provvedimento con il quale è stata riammessa alla gara l'odierna controinteressata, dapprima esclusa, che si assume affetto dal vizio di violazione e falsa applicazione dell'art. 13.3.c) del bando di gara, in relazione all'art. 24 della l.r. 7/2002 ed all'art. 14 dello Statuto della Regione Siciliana, con riferimento alla non ulteriore riducibilità, neppure per imprese certificate, della misura dello 0,50% sull'importo dei lavori a base d'asta quale ammontare (minimo) della cauzione provvisoria.

La censura è fondata.

L'art. 8, comma 11-quater, lett. a), della l. 109/1994, stabilisce che “la cauzione e la garanzia fideiussoria previste, rispettivamente, dal comma 1 e dal comma 2 dell'articolo 30 della presente legge, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento”.

Questa disposizione è stata recepita in Sicilia, per effetto della l.r. 7/2002, senza modifiche.

Viceversa il legislatore regionale ha, come già rilevato, inserito un comma 1-bis nell'art. 30 della legge quadro, con il quale ha previsto la riduzione della cauzione provvisoria allo 0,50% dell'importo dei lavori a base d'asta per gli appalti sotto soglia comunitaria (ma superiori a 150.000 euro).

Il coordinamento fra le due disposizioni richiamate va operato nel senso di ritenere la dimidiazione prevista per le imprese certificate come riferita unicamente alla cauzione provvisoria di cui al comma 1 dell'art. 30, e non anche a quella disciplinata dal successivo comma 1-bis.

In tal senso milita una pluralità di argomenti.

In primo luogo quello letterale: la disposizione sulla dimidiazione si riferisce espressamente alla disciplina contenuta nei commi 1 e 2 dell'art. 30.

L'introduzione, ad opera del legislatore regionale, del comma 1-bis, non è stata accompagnata da una corrispondente modifica dell'art. 8, nella parte in cui questo richiama nominativamente la fonte della disciplina della garanzia, il che è un chiaro indice della *voluntas legis* di non sommare la dimidiazione per le imprese certificate con l'abbattimento, ben *ultra dimidium*, operante solo in sede regionale, per i lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria.

D'altra parte, la dimidiazione della garanzia provvisoria stabilita con esplicito richiamo al comma 1 dell'art. 30, conduce alla prestazione di garanzia per l'importo dell'1% dei lavori, mentre l'abbattimento contemplato dal comma 1-bis va, già di per sé, ben al di sotto di tale soglia, di talché anche sul piano della logica economica, oltre che su quello dell'interpretazione giuridica, le due disposizioni appaiono porsi in termini d'incompatibilità, il che ne impedisce l'applicazione congiunta.

2.1. La controinteressata ha invocato l'applicazione dell'istituto dell'errore scusabile.

In realtà, oltre all'estraneità alla materia processuale della fattispecie in esame, ciò che appare dirimente è l'insussistenza di un margine d'incertezza tale da legittimare una simile affermazione.

Nella G.U.R.S. numero 37 del 10 agosto 2002 è stato pubblicato il testo della legge 11 febbraio 1994, coordinato con la l.r. 2 agosto 2002, n. 7.

La caratterizzazione, anche grafica, delle parti non modificate dal legislatore regionale rispetto a quelle innovate, rende facilmente percepibile l'estraneità degli appalti sotto soglia, per i quali è prevista la prestazione di una cauzione provvisoria pari allo 0,50 % dell'importo dei lavori, alla fattispecie di dimidiazione della cauzione medesima per le imprese certificate, riferita a prestazioni di importo pari al 2% dei lavori da aggiudicare.

Non pare dunque di poter riscontrare una possibile incertezza interpretativa tale da legittimare l'affermazione della "estrema difficoltà dell'interpretazione e del coordinamento tra la normativa nazionale e quella regionale freneticamente succedutesi negli ultimi anni" (pagg. 10/11 del ricorso incidentale).

A sostegno delle proprie argomentazioni la ricorrente incidentale ha poi allegato documentazione dalla quale risulta che il premio da corrispondersi al fideiussore sarebbe stato di pari importo anche nel caso in cui la garanzia fosse stata correttamente prestata.

L'argomento prova troppo: altro è infatti il corrispettivo della prestazione fideiussoria, da corrispondersi al garante, ed altro è, per un verso, l'entità dell'esposizione debitoria nei confronti della stazione appaltante e, correlativamente, l'interesse di quest'ultima ad essere garantita per un importo dello 0,50% piuttosto che dello 0,25%.

La prestazione di una cauzione di importo inferiore a quello legalmente individuato per un verso reca pregiudizio all'interesse dell'amministrazione ad avere una idonea garanzia per gli eventuali danni derivanti dall'affidamento mal riposto sulla serietà dell'offerta, e per altro verso avvantaggia ingiustificatamente l'interesse del debitore, in quanto ne riduce l'esborso nell'ipotesi di incameramento della cauzione.

Il ricorso principale è pertanto fondato.

3. Con il terzo motivo del ricorso incidentale viene impugnato il provvedimento del 26 febbraio 2003 di esclusione dalla gara dell'odierna controinteressata, ricorrente in via incidentale.

La censura è inammissibile.

Risulta infatti che tale provvedimento è stato successivamente rimosso con provvedimento del 10 marzo 2003, di riammissione alla gara della Impresa ***

Quest'ultima, pertanto, non ha più interesse ad impugnare un provvedimento che non era efficace già al momento della proposizione del ricorso principale, e che comunque non risulta aver prodotto alcun effetto giuridicamente rilevante.

La conferma dell'inammissibilità della censura in esame si riscontra, del resto, proprio laddove la ricorrente incidentale individua il proprio interesse ad impugnare il provvedimento ritirato nella "proposizione del ricorso principale avverso il successivo provvedimento del 10.3.03 di (ri)ammissione dell'offerta".

Si tenta così di recuperare interesse al sindacato sulla legittimità di quel provvedimento, valorizzando il profilo di connessione esistente fra l'originaria esclusione dalla gara e l'impugnato – in via principale – annullamento in autotutela dell'esclusione medesima.

In dottrina si è osservato come il ricorso incidentale, pur avendo la struttura di una domanda di annullamento (del provvedimento impugnato con il ricorso principale, o di altro ad esso connesso), ha in realtà la funzione logica dell'eccezione, poiché tende ad impedire l'accoglimento del ricorso principale e a mantenere in capo al ricorrente incidentale la posizione di vantaggio derivantegli dal provvedimento.

Per questa ragione il ricorso incidentale ha, nel processo amministrativo, “struttura normalmente condizionata” e “carattere accessorio” rispetto al ricorso principale, come è stato di recente, con elaborata argomentazione, ribadito anche dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468).

Alla stregua di tali considerazioni va individuato il sorgere, in capo al controinteressato-ricorrente incidentale, che sia risultato aggiudicatario di una gara per la scelta del contraente, di un interesse attuale a ricorrere avverso la clausola del bando di gara.

Si è, infatti, precisato nella decisione da ultimo citata (Consiglio di Stato, sez. V, 8 maggio 2002, n. 2468), che “Il vincolo dell'interesse ad agire nel ricorso incidentale si scompone in due elementi, l'uno di carattere negativo e l'altro di carattere positivo. a) Il primo, negativo, consiste nell'assenza di una lesione attuale, che si sarebbe dovuta far valere in via principale. b) Il secondo, positivo, concerne la lesione virtuale derivante dall'accoglimento del ricorso principale. La riscontrata ampiezza oggettiva del ricorso incidentale si collega anche ad una adeguata latitudine del requisito dell'interesse, che va riconosciuto in tutte le ipotesi in cui l'illegittimità denunciata è comunque idonea a paralizzare l'azione proposta con il ricorso principale”.

Orbene, nel caso in esame è palese l'insussistenza del primo requisito: il provvedimento di originaria esclusione, direttamente lesivo delle regioni della controinteressata, non è stato autonomamente impugnato in via principale all'atto della sua emanazione.

Precisa infatti la giurisprudenza (Consiglio di Stato, 2468/2002, cit.) che l'estensione dell'ambito dei provvedimenti “connessi” con quello impugnato in via principale, suscettibili come tali di impugnazione incidentale, trova tuttavia un rigoroso limite nel rilievo che “il ricorso incidentale, essendo uno strumento processuale di essenza ‘derivata’ ed ‘accessoria’, non consente di proporre tardivamente - prendendo spunto dal ricorso avverso - censure che si sarebbero dovute inserire in un contesto autonomo, in quanto riguardanti pregressi provvedimenti direttamente lesivi e suscettibili d'impugnazione”.

In ogni caso non si può fare a meno di rilevare come, nel merito, le censure in esame risultano infondate per le medesime considerazioni svolte in punto di scrutinio della fondatezza del ricorso principale (dal momento che con questa parte del ricorso incidentale si sostiene la legittimità della dimidiazione della cauzione già ridotta ex art. 30, comma 1-bis, esclusa in sede di accoglimento del ricorso principale): tanto che in quella sede alcune di tali censure sono state vagliate, quali argomenti opposti all'accoglimento del ricorso principale (e non già quali censure autonomamente proponibili).

4. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale in epigrafe, respinge in parte il ricorso incidentale e in parte lo dichiara inammissibile, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.-----

--

Condanna il Comune di Marsala, in persona del Sindaco pro tempore, e la s.r.l. Impresa *** Costruzioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, in solido fra loro, alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio, liquidate in complessivi € 2.000,00 (diconsi euro duemila/00).-----

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio dell'11 luglio 2003
Depositata in Segreteria addì 31.7.03