

E siamo a due: seconda vittima di società di intermediazione finanziaria che non ha comunicato ai propri clienti il fatto che la banca di Italia le ha imposto il divieto di intraprendere nuove operazioni

E siamo a cinque: l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d. lgs 385/93 non comporta automaticamente l'abilitazione a rilasciare garanzie nei confronti della pubblica amministrazione: obbligo di specifica autorizzazione rilasciata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (ex art. 30, comma 1, l. n. 109/94)

Sintesi di Tar Campania, sezione I di Salerno, sentenza numero 1490 del 6 novembre 2003

Parole chiave:

appalti di lavori/appalti di servizi – Gli intermediari finanziari devono essere esplicitamente autorizzati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per poter essere fideiussori negli appalti pubblici di lavori

Conseguenze operative:

Come risulta dalla chiara indicazione emergente dalla comunicazione del 5 giugno 2002 della Banca d'Italia, depositata in atti ed allegata al fascicolo del 28 ottobre 2002 del ricorso incidentale, :

- l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d. lgs 385/93 non comporta automaticamente l'abilitazione a rilasciare garanzie nei confronti della pubblica amministrazione;

- non risulta rilasciata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze alcuna autorizzazione ex art. 30, comma 1, l. n. 109/94:

- alla *****, con decorrenza dal 31.5.2002, è stato imposto il divieto di intraprendere nuove operazioni, ai sensi dell'art. 107, comma 4-bis, del d. lgs 385/93, per violazione di norme di legge e di disposizioni emanate ai sensi del ripetuto decreto legislativo.

Conferma operato della Banca di Italia di cancellazione dell'intermediario:

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

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 fidejussioni - 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 -

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

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, debbano essere autorizzati all'esercizio di detta attività dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

Tar Sicilia, Palermo, n. 705 del 29 aprile 2003

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 debbano anche essere in possesso di una apposita autorizzazione ministeriale.

Tar Veneto, Venezia, n. 3071 del 30 maggio 2003

che le disposizioni, di cui al citato art. 30, I comma, per il loro univoco tenore letterale, individuano come atti del tutto distinti, da una parte, l'iscrizione nell'elenco speciale, e, dall'altra, 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.

Tar Sicilia, Palermo, n. 1109 dell'11 luglio 2003

A tal riguardo, da un lato l'art. 24 l.r. 7/02 impone che la cauzione provvisoria sia rilasciata da istituto bancario, mentre dall'altro lato appare irregolare la cauzione rilasciata da intermediario finanziario sprovvisto della relativa autorizzazione ai sensi dell'art. 107 D.Lgs. 1.9.1993 n. 385. (Tar Sicilia, Palermo, sez. II, Ord. 23.10.2002 n. 1309).

Precedente "vittima":

Tar Basilicata, Potenza, n. 907 del 19 settembre 2003

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.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania Sezione di Salerno Sezione Prima
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2469/2002 proposto da **** Impianti s.r.l., con sede in Crispano (Na) alla via Provinciale Aversa n. 3, in persona del legale rappresentante p.t. Amministratore unico sig. Pasquale Amoroso, rappresentata e difesa, giusta procura a margine dell'atto introduttivo, dall'avv. Renato Labriola, con il quale elettivamente domicilia in Salerno presso la Segreteria del Tar

contro

Il Comune di Salerno, in persona del Sindaco in carica pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Antonio Brancaccio presso il quale elettivamente domicilia in Salerno al Largo Dogana Regia n. 15

e nei confronti della

Società "***** – **** S.p.A.", in persona del legale rappresentante p.t. sig. Marco Di Paola, rappresentata e difesa, anche nel ricorso incidentale, dall'avv. Marcello Fortunato, presso il quale elettivamente domicilia in Salerno alla via SS Martiri Salernitani n. 31 –

per l'annullamento

della determina n. 583 del 12 settembre 2002 del Dirigente del Settore Trasporti, viabilità, impianti e manutenzioni del Comune di Salerno recante approvazione dell'esito della gara relativa ai lavori di realizzazione della copertura della vasca natatoria, nuova tribuna coperta, ristrutturazione impiantistica e sistemazione esterna della piscina comunale di via Lungomare Tafuri in località Torriione – Il lotto ed affidamento dei lavori in favore dell'ATI "***** s.p.a – ***** Costruzioni s.a.s. – ***** ***** s.n.c."

del verbale di gara del giorno 19 luglio 2002 e della relativa aggiudicazione provvisoria della gara alla menzionata ATI;

di ogni atto connesso

* * *

Visto il ricorso con gli atti e documenti allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Salerno e della controinteressata "***** s.p.a";

Visto il ricorso incidentale della controinteressata "***** S.p.a".

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 19 giugno 2003 il consigliere dott. Francesco Gaudieri e uditi altresì, per le parti, gli avvocati difensori presenti come da processo verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto

1.- Con ricorso notificato in data 8 ottobre 2003, depositato il 10 ottobre successivo, la società **** Impianti s.r.l. ha impugnato gli atti in epigrafe meglio specificati, recanti aggiudicazione della gara relativa ai lavori di realizzazione della copertura della vasca natatoria, nuova tribuna coperta, ristrutturazione impiantistica e sistemazione esterna della piscina comunale di via Lungomare Tafuri in

località Torriione – II lotto, in favore dell'ATI “**** s.p.a – **** Costruzioni s.a.s. – **** s.n.c.”, deducendo violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi e concorrenti profili.

Si è costituita in giudizio l'intimata Amministrazione chiedendo il rigetto della domanda perché infondata.

Si è costituita in giudizio altresì la società aggiudicataria dei lavori chiedendo il rigetto della domanda perché inammissibile ed infondata e proponendo, con atto notificato e depositato il 28 ottobre 2002, anche ricorso incidentale avverso la mancata esclusione della ricorrente dalla gara de qua.

2.- Alla camera di consiglio del 29.10.2002, l'istanza cautelare è stata sfavorevolmente esitata con ordinanza n. 1273/02, non riformata in sede di gravame dal Consiglio di Stato, sezione quinta, con ordinanza cautelare n. 294/03.

3.-Alla pubblica udienza del 19 giugno 2003, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, il ricorso veniva riservato per la decisione.

Diritto

Il ricorso principale è inammissibile, risultando fondato il ricorso incidentale.

1.-Gioverà ricordare che la ricorrente società agisce per ottenere l'annullamento del provvedimento, in epigrafe meglio specificato, recante aggiudicazione dei lavori di cui alla gara, indetta dalla resistente amministrazione comunale di Salerno, di realizzazione della copertura della vasca natatoria, nuova tribuna coperta, ristrutturazione impiantistica e sistemazione esterna della piscina comunale di via Lungomare Tafuri in località Torriione – II lotto, all'ATI “**** s.p.a – **** Costruzioni s.a.s. – **** s.n.c.”.

Affida le proprie doglianze a due distinti motivi di ricorso, affermando che l'amministrazione avrebbe illegittimamente accettato in sede di gara la presentazione di copie conformi e dichiarazioni sostitutive in violazione del bando di gara e della lettera di invito recanti prescrizione, a pena di esclusione, della presentazione dei certificati originali del casellario giudiziale e dei carichi pendenti, con palese lesione della par condicio e del bando lex specialis.

2.-La pretesa della ricorrente è contrastata non solo dall'Amministrazione comunale ma anche dalla controinteressata che, a tutela delle proprie ragioni, agisce anche con ricorso incidentale, impugnando il verbale di gara e la successiva determinazione dirigenziale n. 583 del 12.9.02, nella parte recante l'ammissione dell'offerta prodotta dalla ricorrente.

Assume, in sostanza la controinteressata e ricorrente incidentale che l'Amministrazione comunale avrebbe dovuto escludere dalla gara l'offerta della ricorrente società per avere quest'ultima prestato cauzione provvisoria mediante esibizione di una polizza fideiussoria rilasciata da un intermediario finanziario, in palese violazione della lex specialis, recante, all'art. 3 della lettera d'invito a gara, esplicita previsione della possibilità di presentare soltanto cauzioni “da versarsi in contanti alla Tesoreria comunale...o con polizza fideiussoria assicurativa o bancaria” e non anche attraverso intermediari finanziari.

Aggiunge altresì che la fideiussione presentata :

risulta rilasciata da società destinataria di apposita inibitoria della Banca d'Italia;

risulta strutturata in maniera non conforme alla lettera d'invito e segnatamente senza l'indicazione nella seconda pagina della gara in oggetto;

risulta prestata nell'importo dimidiato ex art. 8, comma 11-quater lett. a della l. n. 109/94 per le imprese in possesso dell'attestazione di qualità, a fronte di un certificato di qualità rilasciato il 3.12.2000, non più valido in quanto non accompagnato dall'apposita verifica periodica (6,9 o 12 mesi).

Le doglianze risultano fondate nei limiti che di seguito si espongono.

2.a.- Effettivamente la lettera d'invito, richiede, a pena di esclusione, che nella busta "A-documentazione" siano inseriti diversi documenti e segnatamente al punto 3) richiede che la cauzione provvisoria dell'importo di euro 22.208,00 sia prestata oltre che con versamento in contanti presso la tesoreria comunale, anche "con polizza fideiussoria assicurativa o bancaria".

Non risulta prevista la possibilità del ricorso a società di intermediazione finanziaria, e ciò nonostante la previsione di cui all'art. 30 l. n. 109/94 che annovera tra i soggetti abilitati anche "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, 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 denunciata carenza della lettera d'invito pone preliminarmente il problema dell'eterointegrazione negoziale ex artt. 1339 e 1419 c.c., la cui applicabilità ai bandi di gara è stata esaminata dalla recente decisione del Consiglio di Stato Sez. V n. 35/2003 alla quale si rinvia per comodità di esposizione.

Siffatta carenza ex se già precludeva la possibilità per la ricorrente principale di produrre cauzione con fideiussione rilasciata da intermediari finanziari (nel caso di specie la ***** s.p.a).

Tuttavia, anche a voler ritenere, in ipotesi, che la violazione della norma di azione citata possa ritenersi recessiva a fronte del principio della massima partecipazione alla gara, deve convenirsi con la società ricorrente incidentale che l'esclusione dalla gara della società ***** s.r.l. era comunque un atto dovuto.

Come risulta dalla chiara indicazione emergente dalla comunicazione del 5 giugno 2002 della Banca d'Italia, depositata in atti ed allegata al fascicolo del 28 ottobre 2002 del ricorso incidentale, :

- l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del d. lgs 385/93 non comporta automaticamente l'abilitazione a rilasciare garanzie nei confronti della pubblica amministrazione;

- non risulta rilasciata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze alcuna autorizzazione ex art. 30, comma 1, l. n. 109/94:

- alla ***** , con decorrenza dal 31.5.2002, è stato imposto il divieto di intraprendere nuove operazioni, ai sensi dell'art. 107, comma 4-bis, del d. lgs 385/93, per violazione di norme di legge e di disposizioni emanate ai sensi del ripetuto decreto legislativo.

Al riguardo non vi è replica o controdeduzione di sorta da parte della ricorrente principale.

A ciò aggiungasi che la cauzione, prestata nell'importo dimidiato ex art. 8, comma 11, quater, lett. a) l. n. 109/94, non risulta assistito da valida attestazione di qualità, atteso che il certificato esibito risulta essere stato rilasciato in data 3.12.2000, con l'espressa indicazione che "la validità del presente

certificato è subordinata a sorveglianza periodica (ogni 6, 9 o 12 mesi)" e dell'avvenuta validazione non vi è prova.

Le menzionate circostanze evidenziano la fondatezza delle doglianze di cui al ricorso incidentale e l'accoglimento di quest'ultimo preclude al Collegio l'esame del merito del ricorso principale.

3.- Sussistono giusti motivi per compensare interamente tra le parti e spese del giudizio.

p.q.m.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione di Salerno, sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso R. G. n. 2469/2002 proposto da **** Impianti s.r.l. così provvede :

- accoglie il ricorso incidentale, proposto dalla società ****- **** S.p.A;
- dichiara, per l'effetto, inammissibile il ricorso principale

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella Camera di Consiglio del 19 giugno 2003