

Che cosa succede se un'Amministrazione decide di imporre che la garanzia rilasciata da un intermediario finanziario è consentita solo per la cauzione provvisoria???????

Appalti di lavori: risulta legittima l'esclusione di una ditta che, fornendo una provvisoria di una Società di Intermediazione Finanziaria, ha presentato, emesso dallo stesso fideiussore, anche l'impegno a sottoscrivere la definitiva, **SENZA AVER PROVVEDUTO A CONSIDERARE ILLEGITTIMA LA LEX SPECIALIS DI GARA**

E' il bando stesso a stabilire che l'offerta dovesse essere corredata da una cauzione provvisoria, da prestare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1/9/1993, n° 385, nonché da una **“dichiarazione di un istituto bancario, ovvero di una compagnia di assicurazione, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione”, la garanzia di cui all'art. 30, 2° comma della L. 11/2/1994 n° 109 e succ. mod**

A cura di Sonia LAZZINI

Il Tar Sardegna, Sez di Cagliari, con la sentenza numero 390 del 16 marzo 2004 ci offre un'importante spunto per alcune osservazioni riguardo alla possibilità da parte degli intermediari finanziari ad emettere cauzioni a fronte degli impegni assunti dalle ditte partecipanti agli appalti pubblici di opere

Qualora già nel bando sia previsto che
“la garanzia rilasciata da un intermediario finanziario è consentita solo per la cauzione provvisoria”

in caso di esclusione per aver presentato la dichiarazione di emettere la definitiva rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1/9/1993, n° 385

per la ricorrente VIGE l'obbligo di impugnare il bando, altrimenti, come nel caso di specie, il giudice amministrativo non può far altro che considerare legittima l'esclusione

A questo proposito giova menzionare ANCHE:.....

Autorità LLPP Det. n. 28 del 23 ottobre 2002

"(...) In particolare - con riferimento al profilo che in questo caso maggiormente interessa - lo stesso art. 30, comma 2, ha previsto a carico dell'appaltatore la prestazione a favore dell'amministrazione di una garanzia fideiussoria da parte di un istituto bancario o di una compagnia di assicurazione autorizzata pari al 10% dell'importo netto dell'appalto a copertura di tutte le obbligazioni nascenti dal contratto. In tal senso, anche la recente modifica intervenuta con Legge n. 166/02, ha ribadito l'efficacia di tale garanzia omnicomprensiva, limitandosi a disciplinarne l'entità percentuale in relazione al ribasso offerto in sede di gara, nonché le modalità di svincolo parziale in corso d'opera.

(...) l'art.30, comma 2, della Legge n. 109/94, abrogando espressamente ogni altra forma di garanzia e cauzione in essa non contemplata, ha previsto a carico dell'appaltatore la prestazione, in favore dell'amministrazione, di una garanzia fideiussoria (resa da un istituto bancario o da una compagnia assicurativa autorizzata) pari al 10% dell'importo netto dell'appalto, a garanzia di ogni obbligazione nascente dal contratto

Ricordiamo inoltre che in data 12 marzo 2004 il consiglio dei ministri ha licenziato il testo del **“DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA: Regolamento recante criteri per il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione, da parte di intermediari finanziari, di fideiussioni in relazione**

all'affidamento di lavori pubblici, a norma dell'articolo 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109" al fine di porre derimedere l'annosa diatriba relativa alla necessità di autorizzazione ad hoc, come già osservato da:

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).

Tar Campania , Napoli, sentenza n. 2003 del 21 gennaio 2004

Considerato e ritenuto che le censure del ricorso siano infondate, in quanto la giurisprudenza costante ritiene che il legislatore (artt. 30 L.109/94 e art. 145 comma 50 L.388/2000) si sia preoccupato (in tal senso C. Stato, V, 3716/2002) appunto che gli intermediari finanziari e gli istituto bancari e assicurativi, legittimati a prestare cauzione provvisoria, siano quelli sui quali si sia verificato l'ulteriore intervento del Ministero del Tesoro, in funzione di certificazione delle caratteristiche funzionali di tali intermediari; Considerato che l'art. 30 L.109/94 prescrive che la cauzione possa essere prestata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 D.Lgs.385/1993, aggiungendo però che debbano essere autorizzati a tale attività dal Ministero del Tesoro

Tar Campania , Napoli, sentenza n. 2845 dell' 11 marzo 2004

Infatti, la lex specialis aveva espressamente previsto che la cauzione provvisoria potesse essere prestata attraverso una triplice modalità e segnatamente tramite polizza bancaria, assicurativa oppure una rilasciata da intermediari finanziari di cui all'elenco speciale dell'art. 107 del D.Lgs. n. 385/93.

Sotto il profilo normativo, la possibilità di prestare cauzioni provvisorie anche da parte di tale ultima categoria di soggetti è stata introdotta dall'art. 145 della legge 23 dicembre 2000 n. 388 che, modificando l'art. 30 della legge n. 109/94, ha, tuttavia, previsto il possesso di due requisiti e segnatamente, oltre l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs n. 385/93, anche un'espressa autorizzazione rilasciata dal Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica.

Va, preliminarmente, osservato che entrambi i predetti requisiti si pongono quale presupposto indefettibile per lo svolgimento dell'attività de qua da parte degli intermediari finanziari, atteso che, a parte la specifica qualificazione professionale che implica l'inserimento nell'elenco speciale, anche il possesso dell'autorizzazione ministeriale sottende ad una imprescindibile qualità dell'intermediario quale soggetto garante, ovvero sia la sua affidabilità nei confronti dell'Amministrazione Pubblica circa l'adempimento delle obbligazioni conseguenti all'escussione della cauzione.

Ne discende che, essendo il possesso congiunto dei due requisiti condizione imprescindibile per l'operatività del sistema di rilascio di cauzioni provvisorie a mezzo intermediario finanziario, a tale rigoroso principio devono attenersi le Amministrazioni nella predisposizioni dei bandi di gara per l'affidamento di appalti di opere e lavori pubblici.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n° 1244/03 proposto da **** Franco s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Rocco Alecci e Salvatore Secci, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Cagliari, via S. Eulalia n°27;

contro

Comune di La Maddalena, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Forgiarini dell'Ufficio Legale dell'Ente ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Silvana Congiu, in Cagliari, vico II Merello n°1;

e nei confronti di

Ditta ****, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Gioachino Dettori, domiciliata per legge presso la segreteria del T.A.R. Sardegna;

per l'annullamento

della determinazione in data 23/7/2003 con il quale il comune di La Maddalena ha aggiudicato alla controinteressata l'appalto relativo ai lavori finalizzati alla realizzazione dell'impianto di illuminazione pubblica del centro urbano.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della controinteressata.

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

Visti gli atti tutti della causa.

Udita alla pubblica udienza del 17/12/2003 la relazione del consigliere Alessandro Maggio e uditi altresì l'avv. S. Secci per la parte ricorrente e l'avv. S. Forgiarini per l'amministrazione resistente, nonché l'avv. P. Tollis, in sostituzione dell'avv. A. G. Dettori, per la controinteressata.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di La Maddalena ha bandito un pubblico incanto per l'affidamento dei lavori finalizzati alla realizzazione dell'impianto di illuminazione pubblica del centro urbano.

Alla selezione ha partecipato l'impresa **** s.r.l. che, però, è stata esclusa per aver presentato l'impegno a costituire - in caso di aggiudicazione - la cauzione definitiva, a mezzo di intermediario finanziario.

Dopo di che, la gara è stata aggiudicata alla ditta ****.

Avverso esclusione ed aggiudicazione a favore della ditta ****, ha proposto ricorso l'impresa ****.

Queste le censure dedotte.

1) L'art. 30 della L. n°109/1994 stabilisce che la cauzione definitiva possa essere rilasciata anche da un intermediario finanziario. La ricorrente, pertanto, ha rispettato tutte le condizioni poste dalla legge e dal bando per poter partecipare alla selezione.

2) L'art. 8 della citata L. n°109/1994, stabilisce che per gli appalti di importo superiore ai 500.000 euro la stazione appaltante debba richiedere la certificazione di qualità; in difetto l'appalto è nullo.

3) L'esclusione della odierna istante è viziata da eccesso di potere in quanto la medesima era in possesso di tutti i requisiti di legge per poter essere ammessa alla gara.

Si sono costituite in giudizio sia l'amministrazione intimata che la controinteressata, che, con separate memorie, si sono opposte all'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 17/12/2003 la causa, su richiesta delle parti, è stata posta in decisione.

DIRITTO

Può prescindersi dall'affrontare le questioni di rito sollevate dall'amministrazione resistente, essendo il ricorso da rigettare nel merito.

Occorre premettere che il bando di gara stabiliva che l'offerta dovesse essere corredata da una cauzione provvisoria, da prestare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1/9/1993, n° 385, nonché da una "dichiarazione di un istituto bancario, ovvero di una compagnia di assicurazione, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione", la garanzia di cui all'art. 30, 2° comma della L. 11/2/1994 n° 109 e succ. mod. .

Il disciplinare di gara, richiamato dal bando, prevedeva, poi, che "la garanzia rilasciata da un intermediario finanziario è consentita solo per la cauzione provvisoria".

Ciò premesso, risulta evidente l'infondatezza del primo motivo di gravame.

Infatti, in applicazione delle non contestate disposizioni di gara sopra richiamate, la ricorrente è stata esclusa dalla selezione, perché l'impegno a costituire la garanzia definitiva, presentato ai fini dell'ammissione alla procedura concorsuale, non proveniva da un istituto bancario o da una compagnia di assicurazioni, bensì da un intermediario finanziario.

La censura con cui l'istante ha denunciato il provvedimento di esclusione per violazione dell'art. 30, 1° comma della L. 11/2/1994 n°109 e succ. mod. ed integr., risulta, quindi, giusta quanto sopra esposto, inconfidente. La doglianza, in realtà, avrebbe dovuto essere rivolta nei confronti della lex specialis della gara, vincolante per l'amministrazione committente, ancorché, in ipotesi, illegittima.

Il terzo motivo, anch'esso diretto contro il provvedimento di esclusione è, invece, inammissibile, atteso che l'attività all'uopo posta in essere dall'amministrazione è priva di ambiti di discrezionalità.

Quanto, infine, al secondo motivo, non è chiaro se il medesimo si diriga nei confronti del bando, ovvero dell'aggiudicazione.

Ad ogni modo, nel primo caso la censura risulterebbe infondata in fatto, in quanto la lex specialis della gara richiede specificamente che i concorrenti documentino il possesso di idonea qualificazione rilasciata da una S.O.A. regolarmente autorizzata, ovvero l'alternativo requisito della certificazione A.R.A. di cui alla L.R. 9/8/2002 n°14.

Nella seconda ipotesi, sarebbe invece inammissibile, dato che per pacifico principio il concorrente escluso non ha interesse a dolersi dell'aggiudicazione in favore di altro concorrente. Quando non dimostri che l'annullamento importi rinnovazione della gara, con nuova possibilità di parteciparvi.

Il ricorso va in definitiva respinto.

Sussistono validi motivi per disporre l'integrale compensazione di spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA

Rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari, in Camera di Consiglio, il 17/12/2003 ed il 15 marzo 2004, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna in segreteria oggi:16/03/2004

Il Segretario generale f.f.