

La stazione appaltante può accettare un assegno circolare (ma non un assegno di conto corrente bancario)

La produzione dell'assegno di conto corrente non assolvendo alla necessità di effettiva garanzia, non può ritenersi sufficiente ad integrare un corretto deposito cauzionale e, pertanto, deve condurre all'esclusione dell'offerta

L'assegno circolare, a differenza dell'assegno bancario, costituisce un ordinario strumento di pagamento delle obbligazioni pecuniarie, in tutto e per tutto equivalente al versamento in contanti delle somme dovute

Il Tar Sicilia, sezione di Catania, con la sentenza numero 1478 del 26 maggio 2004 ci offre un importante insegnamento in tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria: le imprese partecipanti possono prestare la cauzione provvisoria mediante assegno circolare, nonostante tale possibilità non sia espressamente contemplata dall'art. 30 l. 11 febbraio 1994 n. 109 s.m.i.

Prima di tutto i sempre attenti giudici siciliani ci ricordano che

in tema di cauzione da prestare in occasione delle procedure di gara, già l'art 57 del Regio decreto 23 maggio 1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato) stabilisce che la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione.

Senza dimenticarsi però che

L'obbligatorietà della cauzione deriva, inoltre, dall'art. 30 della l. n. 1094 e quindi non vi è dubbio che la stessa debba essere prodotta secondo le modalità indicate dall'art. 30 richiamato (anche, come chiarito, per espressa indicazione del bando di gara).

In conclusione:

il Collegio ritiene che la prestazione della **cauzione**, ai sensi dell'art. 30 comma 1 l. 11 febbraio 1994 n. 109, è diretta a garantire la serietà della partecipazione alla gara e l'adempimento dell'impegno a contrarre in caso di aggiudicazione; pertanto, esula dalle facoltà rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione la valutazione caso per caso dell'essenzialità dell'adempimento o della possibilità di consentirne l'integrazione sia a causa della precettività della disposizione sia per la doverosa osservanza della "par condicio" tra le partecipanti alla gara

ma non solo....

in sede di gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici, la presentazione delle cauzioni mediante assegno circolare deve ritenersi ritualmente effettuata rispetto alla previsione del bando che faccia riferimento al versamento per numerario o in titoli di Stato o garantiti dallo Stato

La decisione del Consiglio di Stato 1495 del 13 marzo 2002 segnalata nell'emarginata sentenza, può venir così riassunta:

La cauzione fa parte integrante dell'offerta e non può essere sanata *ex post*

La "difettosa" presentazione della cauzione provvisoria è causa di esclusione dalle procedure a evidenza pubblica!

Il Consiglio di Stato, con la decisione numero 1495 del 13 marzo 2002 occupandosi della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria (ma anche di quella definitiva) in caso di possesso da parte della ditta partecipante dell'attestazione di qualità UNI EN ISO 9000, sancisce un importante principio in merito al ruolo della cauzione provvisoria.

Dichiarano infatti i giudici di palazzo Spada la legittimità del comportamento di una Stazione appaltante per aver escluso dalla procedura di gara una ditta, non in possesso della corretta attestazione di qualità (non assimilabilità della certificazione UNI ES ISO 14001 con quella prescritta), che avendo comunque consegnato una cauzione di importo pari al 50% di quello richiesto dal bando di gara, non ha quindi rispettato le disposizioni della *lex specialis* in merito ai requisiti di ammissibilità.

Pertanto non può essere accolta la tesi secondo cui la cauzione non costituirebbe parte integrante dell'offerta, ma solo elemento di corredo della stessa, cosicché la sua insufficienza potrebbe essere sanata con un adempimento successivo.

La ratio della cauzione provvisoria deve essere individuata nell'esigenza di garantire la serietà della partecipazione alla gara e l'adempimento dell'impegno a contrarre in caso di aggiudicazione (nonché la presentazione della successiva cauzione definitiva n.d.r.) da cui, il supremo giudice amministrativo fa conseguire che esula dalle facoltà rimesse alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione caso per caso dell'essenzialità dell'adempimento, o della possibilità di consentirne l'integrazione, sia per la indiscutibile precettività della disposizione sia per la doverosa osservanza della *par condicio* tra le partecipanti alla gara.

La sentenza del Tar per la Sicilia, sezione di Palermo, numero 893 dell'8 aprile 2002 segnalata nell'emarginata sentenza, può venir così riassunta:

Maggior attenzione nel redigere i bandi sugli obblighi assicurativi!

Spetta all'offerente, e non all'amministrazione, la scelta delle modalità della provvisoria

C'è piena coerenza fra la norma del primo comma dell'articolo 30 della Legge 109/94 s.m.i. con il dettame dell'articolo 100 del d.p.r. 554/99 che non lasciano, entrambe, alcun margine di discrezionalità alle singole stazioni appaltanti sulle modalità di presentazione della cauzione provvisoria.

Il Tar per la Sicilia, sezione di Palermo, con la sentenza numero 893 dell'8 aprile 2002, si occupa di un ricorso avverso un bando di pubblico incanto ai sensi della legge n. 109/1994 per l'appalto dei "lavori di completamento della casa mandamentale, relativamente alle clausole in tema di cauzione sia provvisoria che definitiva nonché "per la parte in cui non prevede alcun onere per la sicurezza", chiedendone l'annullamento.

Il bando imponeva infatti

- di prestare la cauzione provvisoria del 2% esclusivamente in contanti o mediante titoli del debito pubblico presso la Tesoreria comunale, in tal modo precludendo ai concorrenti di avvalersi delle forme alternative (fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari autorizzati), pure espressamente previste dalla normativa statale in materia;
- di assumere l'impegno a costituire la cauzione definitiva solo da un "istituto bancario", con esclusione delle compagnie di assicurazione;
- di corredare le offerte devono essere corredate da "cauzione assicurativa All Risk per una garanzia fino a £. 1.000.000.000", mentre siffatta garanzia, in base all'art. 30, comma 3, della L. 109/1994, potrebbe essere richiesta solamente all'impresa aggiudicataria e non a tutti i concorrenti;

senza inoltre prevedere gli oneri per la sicurezza, non suscettibili di ribassi d'asta.

Ora, non ci è dato modo di sapere il parere dei giudici siciliani in merito al secondo e terzo punto in quanto, per difetto di legittimazione attiva dei ricorrenti, i relativi reclami non sono stati considerati ammissibili.

Mentre, gli attenti giudici palermitani accettano il primo ricorso sul presupposto che la riferita disposizione dell'art. 30, comma 1, della legge 109/1994 è univoca, sicché non può revocarsi in dubbio che in forza di essa rientra nella facoltà del concorrente ad appalti di lavori pubblici disciplinati dalla stessa legge di avvalersi delle modalità alternative di prestazione della cauzione provvisoria da detta norma previste (vale a dire, fideiussione bancaria o assicurativa); al che si correla che va senz'altro escluso che le amministrazioni appaltanti possano di loro iniziativa stabilire preclusioni o limitazioni a questa che l'art. 100 del regolamento significativamente definisce, come s'è visto, "facoltà di scelta" dell'offerente.

Non ci sono dubbi – segnalano i giudici – sul fatto che la cauzione provvisoria mediante fideiussione bancaria o assicurativa sia prevista quale normale modalità alternativa ai contanti o ai titoli del debito pubblico o garantiti dallo Stato, la cui scelta, perciò, in mancanza di specifiche disposizioni in contrario, non può che essere rimessa alla libera discrezionalità dei singoli concorrenti: come appunto esplicitato dall'art. 100 del regolamento, il quale, pertanto, lungi dal "falsare" l'impostazione della norma primaria, vi si adegua pienamente, limitandosi sul punto a dettare disposizioni di dettaglio, con la stessa del tutto coerenti.

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Staccata di Catania, Sezione Seconda, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Salvatore Schillaci Presidente

Dott. Pancrazio Maria Savasta I Referendario rel. est.

Dott. Michelangelo Francavilla Referendario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui ricorsi nn. 4003/99 e 4294/99 R.G. proposti da

ricorso n. 4003/99.

**** Franco, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Lanfranchi, ed elettivamente domiciliato presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

il Comune di Francavilla di Sicilia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Turiano Mantica, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Giampietro Garofalo, sito in Catania Viale XX Settembre n. 47/E;

e nei confronti

dello studio Associato **** progetti F.li **** ed altri, rappresentato e difeso dall'avv. Nicolò D'Alessandro, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Catania, Piazza Lanza n. 18/a;

per l'annullamento

del verbale di aggiudicazione del 14.9.1999, pubblicato sino al 23.9.1999, relativo alla selezione di un progettista cui affidare l'incarico della progettazione esecutiva dei lavori di rifacimento della rete idrica interna del Comune di Francavilla di Sicilia.

Ricorso n. 4294/99.

contro

il Comune di Francavilla di Sicilia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Turiano Mantica, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Giampietro Garofano sito in Catania Viale XX Settembre n. 47/E;

e nei confronti

dello studio Associato **** progetti F.lli **** ed altri, in persona dell'Ing. Giuseppe ****, in proprio e quale mandatario dell'associazione temporanea di professionisti costituita con lo studio tecnico ***** per l'annullamento

del medesimo verbale impugnato con il ricorso n. 4033/99;

della graduatoria approvata con il verbale sopra indicato e dei punteggi assegnati ai concorrenti ed in particolare del punteggio di 92,67 assegnato alla parte ricorrente;

dell'intero procedimento di gara, nelle parti di interesse;

di ogni altro atto e provvedimento comunque connesso e consequenziale.

Visti i ricorsi ed i relativi allegati;

Visto l'atto 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;

Designato relatore per la pubblica udienza del 29.1.2004 il I Referendario Dr. Pancrazio Savasta;

Uditi gli avvocati delle parti, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

I. Con sentenza parziale n. 1416/03, volta a dirimere preliminari questioni pregiudiziali, questo stesso Collegio, previa riunione dei giudizi, ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle singole imprese riunite in raggruppamento.

A detto onere processuale, i ricorrenti hanno ottemperato, depositando gli originali delle attestazioni di notifica in data 19.12.2003 e 20.1.2004.

In particolare, appare sufficiente l'integrazione eseguita dall'Ing. ****, che (diversamente dal signor **** e consorti che hanno notificato a ciascun componente le singole imprese controinteressate) ha provveduto a notificare il gravame al domicilio delle singole componenti dell'associazione controinteressata, oltre che agli Ingg. *****

II. Tanto premesso, è possibile passare all'esame del merito.

Il Collegio, per una migliore intelligenza delle vicende rappresentate nei due gravami, ritiene di dover premettere che con verbale del 14.9.1999, per quanto di interesse, sono stati classificati nell'ordine i seguenti tre partecipanti alla selezione:

1° - Studio Associato **** Progetti F.lli ****, con punteggio complessivo pari a 95,08;

2° - Raggruppamento Temporaneo Ing. Franco ****, con punteggio complessivo pari a 95,00;

3° - Associazione **** ed altri, con punteggio complessivo pari a 92,67.

Con il ricorso n. 4033/1999, Il Raggruppamento Temporaneo Ing. Franco ****, secondo classificato, ha impugnato l'aggiudicazione a favore dello Studio Associato ****, ritenendo di essere stato pregiudicato nell'assegnazione del punteggio.

Con il ricorso n. 4294/1999, invece, l'Associazione ****, terza classificata, ha asserito che il RTI **** sarebbe stato ammesso illegittimamente alla gara e, nello stesso tempo, ha sostenuto che l'intera procedura selettiva sarebbe da ritenersi viziata, posto che in sede di verbalizzazione, il seggio di gara avrebbe proceduto a modificare i principi selettivi stabiliti nel bando.

Il Collegio, preliminarmente, al fine di dover verificare la fondatezza dell'interesse strumentale alla reiterazione della gara, ritiene di doversi occupare con precedenza del ricorso n. 4294/99.

III. Ricorso n. 4294/99.

Come appena chiarito, con il secondo motivo di gravame, è stato asserito che il seggio di gara avrebbe operato una modifica dei criteri selettivi stabiliti dal bando e che, inoltre, avrebbe completato la valutazione degli elementi tecnici (segnatamente quelli discrezionali) solo dopo aver valutato quelli "fissi" e, di più, l'offerta economica.

Quest'ultimo motivo coglie nel segno.

Invero, come si evince dal verbale di gara del 14.9.1999, l'analisi delle prestazioni accessorie (nelle quali si evidenzia una differenza di punteggio tra i ricorrenti -2 punti- e l'aggiudicataria -6 punti-, rilevante ai fini dell'interesse al ricorso, stante che la differenza finale è di 2,41 punti) segue tutti gli altri, con una procedura non solo non prevista, ma certamente suscettibile di censura, stante che la stessa è riferita proprio ad elementi particolarmente discrezionali, in grado, quindi, di muovere la graduatoria in maniera determinante.

Né, del resto, vi è una verbalizzazione dei motivi che hanno condotto l'Amministrazione a determinare il predetto risultato.

Inoltre, non può dirsi che il seggio di gara abbia stabilito la graduatoria in esatta conformità a quanto previsto nel bando.

A tal fine è sufficiente rilevare che al punto 15.4. di detto atto di autoregolamentazione, vi è la voce: "riduzione dei tempi di svolgimento dell'incarico da dimostrare con relazione : fino ad un massimo di punti 20".

Vero è che detta riduzione doveva essere rappresentata nella medesima relazione relativa alle caratteristiche qualitative di cui al punto 15.2. Ma proprio per la presenza del punto 15.4, la riduzione dei tempi andava valutata in disparte rispetto alle generali caratteristiche qualitative.

Il seggio di gara, invece, nell'allegato A, proprio in riferimento al punto 15.2, ha ribadito che la valutazione sarebbe stata effettuata non solo in relazione all'opera da progettare, ma anche "ai tempi di

esecuzione”, concretizzando un illogico duplicato valutativo rispetto alla diversa dicitura di cui al n. 15.4, la cui valutazione sembra scomparire in verbale.

Tanto basta per ritenere che il seggio di gara non ha integralmente supportato il proprio giudizio sulle specifiche disposizioni del bando e che la propria attività discrezionale è stata compiuta, in spregio ai criteri di imparzialità e trasparenza, subito dopo la valutazione tecnica dei parametri fissi e la conoscenza degli importi dei ribassi.

Consegue l'annullamento delle operazioni di selezione ed il riconoscimento della sussistenza dell'interesse strumentale della ricorrente associazione alla ripetizione delle operazioni di gara.

IV. Con il primo motivo di ricorso i ricorrenti, terzi classificati nella gara de qua, asseriscono che il controinteressato, secondo classificato, avrebbe dovuto essere escluso per non avere depositato, contestualmente all'offerta, la cauzione prevista, a pena di esclusione, dal punto 12 del bando.

Detto motivo di gravame, presente anche nel ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria in seno al ricorso n. 4033/1999, deve essere trattato, al fine di stabilire se sussista il diritto al chiesto risarcimento del danno.

In sostanza, posto che vanno ripetute le operazioni selettive, vi sarebbe la sopravvenuta carenza di interesse a coltivare il ricorso n. 4003/99 (in cui il ricorrente ****, in quanto secondo classificato, assume che il seggio di gara lo avrebbe penalizzato nell'assegnazione del punteggio a favore dell'aggiudicataria), ma permane l'interesse a verificare se il detto ricorrente possa vantare il chiesto diritto al risarcimento del danno.

Appare del tutto evidente che detta posizione rimane frustrata, ove, come asserito nel ricorso incidentale relativo al gravame n. 4033/1999, nonché nel ricorso n. 4294/99, detto secondo classificato avrebbe dovuto essere escluso.

Asserisce l'aggiudicataria nel ricorso incidentale introdotto nel ricorso n. 4033/99, che il ricorrente non avrebbe motivo di dolersi della mancata aggiudicazione, posto che lo stesso avrebbe dovuto essere escluso, per non avere presentato idonea cauzione ai fini della partecipazione alla gara, avendo prestato, soltanto, un deposito mediante assegno di conto corrente.

Detto deposito contrasterebbe con il punto 12 del bando di gara.

Quest'ultima disposizione stabilisce che i documenti richiesti devono pervenire, a pena di esclusione, entro il termine stabilito. La clausola, quindi, sembra essere riferita alla tempestività della produzione documentale e non a sancire l'esclusione dalla gara per carenza documentale.

Ciò premesso, però, il Collegio evidenzia che in tema di cauzione da prestare in occasione delle procedure di gara, già l'art 57 del Regio decreto 23 maggio 1924, n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato) stabilisce che la validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione.

L'obbligatorietà della cauzione deriva, inoltre, dall'art. 30 della l. n. 1094, espressamente richiamato dal bando di gara all'art. 13.a.1., che stabilisce che “l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione, . . . 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° 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”.

In altri termini, la cauzione accede all'offerta garantendone la serietà.

Ciò posto, non vi è dubbio che la stessa debba essere prodotta secondo le modalità indicate dall'art. 30 richiamato (anche, come chiarito, per espressa indicazione del bando di gara).

In altri termini, il Collegio ritiene che la prestazione della cauzione, ai sensi dell'art. 30 comma 1 l. 11 febbraio 1994 n. 109, è diretta a garantire la serietà della partecipazione alla gara e l'adempimento dell'impegno a contrarre in caso di aggiudicazione; pertanto, esula dalle facoltà rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione la valutazione caso per caso dell'essenzialità dell'adempimento o della possibilità di consentirne l'integrazione sia a causa della precettività della disposizione sia per la doverosa osservanza della "par condicio" tra le partecipanti alla gara (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 13 marzo 2002, n. 1495)

L'impresa aggiudicataria, invece, ha prodotto semplicemente un assegno di conto corrente bancario, insuscettibile di garantire l'effettiva copertura e, quindi, la serietà dell'offerta.

La Sezione osserva che l'aggiudicataria non ha neanche prodotto un assegno circolare, che, a differenza dell'assegno bancario, costituisce un ordinario strumento di pagamento delle obbligazioni pecuniarie, in tutto e per tutto equivalente al versamento in contanti delle somme dovute.

Pertanto, in sede di gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici, la presentazione delle cauzioni mediante assegno circolare deve ritenersi ritualmente effettuata rispetto alla previsione del bando che faccia riferimento al versamento per numerario o in titoli di Stato o garantiti dallo Stato (cfr. Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 4 luglio 2000, n. 328).

Dalle premesse consegue che nelle gare d'appalto per lavori pubblici, le imprese partecipanti possono prestare la cauzione provvisoria mediante assegno circolare, nonostante tale possibilità non sia espressamente contemplata dall'art. 30 l. 11 febbraio 1994 n. 109 (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 5 giugno 2003, n. 893).

La produzione dell'assegno di conto corrente, quindi, non assolvendo alla necessità di effettiva garanzia, non può ritenersi sufficiente ad integrare un corretto deposito cauzionale e, pertanto, deve condurre all'esclusione dell'offerta.

Consegue, l'accoglimento del motivo di gravame incidentale e, quindi, il rigetto della richiesta di risarcimento del danno, in quanto il secondo classificato, ricorrente, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Conclusivamente, va accolto il ricorso n. 4294/99 e disposto l'annullamento degli atti impugnati. In accoglimento del ricorso incidentale, va, invece, rigettato il ricorso n. 4033/99, in quanto il ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Stimasi equo disporre l'integrale compensazione delle spese ed onorari relativi ad ambedue i giudizi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, Sezione Seconda, accoglie il ricorso n. 4294/99. Accoglie il ricorso incidentale introdotto nel ricorso n. 4003/99, che, dunque, va rigettato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella Camera di Consiglio del 29.1.2004.

Depositata in Segreteria il 26-05-04