

Ancora una sentenza dei giudici amministrativi che conferma l'obbligo per le Società di intermediazione Finanziaria di essere in possesso di adeguata autorizzazione ministeriale per poter operare nel settore delle cauzioni negli appalti di lavori

Illegittima la riammissione di alcune imprese partendo dal presupposto che il Ministero non ha ancora adottato il relativo regolamento per l'ottenimento dell'autorizzazione, essendo le Amministrazioni tenute ad una rigosa applicazione della disciplina in essere

Stante il rigore della norma (art. 30 comma 1 della L. 109/94 s.m.i.) al fine di richiamare l'obbligatorietà dell'autorizzazione ad hoc, non è necessaria la specifica menzione nella *lex specialis*, avendo l'Amministrazione il dovere di attenersi al principio secondo il quale, il possesso congiunto dei due requisiti (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) risulta la condizione imprescindibile per l'operatività del sistema di rilascio di cauzioni provvisorie a mezzo intermediario finanziario

Il Tar per la Campania, I sez. di Napoli, con la sentenza numero 2845 dell'11 marzo 2004, conferma l'oramai consolidato orientamento giurisprudenziale di non permettere di operare, quali fideiussori negli appalti pubblici di opere, alle Società di Intermediazione Finanziaria prive di adeguata autorizzazione ministeriale (come prescritto dal primo comma dell'articolo 30 della Legge 109/94 s.m.i. cd Merloni)

Nell'emarginata sentenza inoltre, si censura il comportamento dell'amministrazione per aver riammesso alcune imprese il ciò perché il Ministero non aveva ancora provveduto alla definizione dei criteri per il relativo rilascio e si conclude osservando che "illegittimo l'operato della Commissione che, invece, di procedere secondo le predefinite regole del bando, ne ha determinato una decisiva modificazione in corso di espletamento delle operazioni di gara, giungendo ad un risultato contrastante con gli ordinari principi di trasparenza e par condicio dei procedimenti ad evidenza pubblica."

Ancora un'osservazione ci preme aggiungere:

NELL'EMARGINATA SENTENZA SI SPECIFICA SEMPRE CHE L'AUTORIZZAZIONE RIGUARDERA' LA CAUZIONE PROVVISORIA E NON anche LA DEFINITIVA

A questo proposito si rimanda a Tar Sardegna, Sez di Cagliari, con la sentenza numero 390 del 16 marzo 2004:

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

Dello stesso avviso :

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

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 1^a Sezione - ha pronunciato la seguente
S E N T E N Z A

sul ricorso n. 10145/03 R.G. proposto dall'A.T.I. ***** s.r.l. - ***** s.r.l., nonché dalle stesse società in proprio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t. , rappresentate e difese dagli Avvocati Francesco Perone e Angelo Mastrandrea ed elettivamente domiciliate in Napoli, via G. Bausan n. 11, presso lo studio dell'Avvocato Gennaro Esposito;

c o n t r o

A.N.A.S. s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso cui domicilia in Napoli, via A. Diaz n. 11;

nonché nei confronti di

A.T.I. ***** s.r.l. - *****+ s.r.l.- ***** 2000 di ***** Marco & C. s.a.s. in persona del legale rappresentante p.t. non costituita in giudizio;

e di

***** -s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t. non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione

a) del verbale di gara del 6.8.2003, recante la riammissione delle imprese escluse in data 5.8.2003 e la dichiarazione di miglior offerente dell'impresa A.T.I. ***** s.r.l.- ***** s.r.l.- ***** 2000 di ***** Marco & C. s.a.s.;

b) dell'avviso d'asta n. A0308 del 29.5.2003, pubblicato sulla G.U.n. 138 del 17.6.2003, se ed in quanto lesivo, in parte qua, laddove concede ai partecipanti di prestare cauzione **provvisoria** con intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 D.Lgs. n. 385/93, senza precisare che gli stessi debbano essere in possesso dell'autorizzazione del Ministero;

c) dell'eventuale aggiudicazione definitiva, di cui non si conoscono gli estremi, nelle more disposta;

d) dell'eventuale contratto di appalto nelle more stipulato, di cui non si conoscono gli estremi, né la sua materiale esistenza;

e) di qualsivoglia altro atto, non conosciuto, preso per rendere possibile l'aggiudicazione della gara in oggetto, che qui si impugna estensivamente in ogni suo atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale;

nonché per l'accertamento

del diritto al risarcimento dei danni patiti a causa dell'illegittimo affidamento dei lavori.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.N. A.S. s.p.a. ;

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore il Dott. Paolo Corciulo;

Uditi alla pubblica udienza del 28.1.2004 gli Avvocati di cui verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con avviso del 29.5.2003 l'A.N.A.S. s.p.a. indiceva un'asta pubblica, da aggiudicarsi secondo il sistema del massimo ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara, per l'affidamento di lavori di adeguamento delle barriere metalliche di sicurezza in località Paolise.

Nella seduta del 5.8.2003, all'esito della verifica della documentazione, la Commissione provvedeva all'esclusione di alcune delle 48 offerte pervenute entro il termine prescritto dal bando (24.7.2003), in quanto la cauzione **provvisoria** esibita era stata prestata da intermediari finanziari che, sebbene iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D. Lgs. N. 385/93, non erano in possesso dell'autorizzazione ministeriale richiesta ai sensi dell'art. 30 della legge n. 109/94 e ss.mm.ii.

A conclusione delle operazioni di gara aggiudicataria provvisoria risultava essere l'A.T.I. ***** s.r.l. - ***** s.r.l. che aveva presentato un ribasso del 24.327%. Tuttavia, a seguito di un'istanza presentata da una delle imprese escluse, la ***** s.r.l., il successivo giorno 6.8.2003, la Commissione, nuovamente riunitasi, decideva di riammettere in gara le ditte già estromesse in precedenza, ciò motivando a causa della mancata definizione da parte del Ministero dei criteri per il rilascio delle autorizzazioni a prestare cauzioni da parte degli intermediari finanziari.

Per effetto della riammissione in gara delle imprese originariamente escluse, veniva disposta una nuova aggiudicazione provvisoria in favore dell'A.T.I. ***** s.r.l.- ***** s.r.l.- ***** 2000 di ***** Marco & C. s.a.s. che aveva offerto un ribasso del 26.135%, soggetto cui, con successivo verbale del 23.9.2003, i lavori venivano consegnati in via di urgenza.

Avverso il verbale di gara del 6.8.2003, contro l'avviso d'asta nella parte in cui non precisava che la cauzione **provvisoria** potesse essere prestata esclusivamente da intermediari finanziari in possesso di autorizzazione ministeriale, nonché contro l'eventuale aggiudicazione definitiva ed il successivo contratto di appalto, proponeva ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'A.T.I. ***** s.r.l. - ***** s.r.l., nonché le stesse società in proprio, chiedendone l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari.

La ricorrente proponeva altresì domanda per il risarcimento dei danni subiti, nell'ipotesi di mancata aggiudicazione del servizio.

Si costituiva in giudizio l'A.N.A.S. s.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 22.10.2003, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Tribunale, con ordinanza n. 4978/03, ritenendone sussistenti i presupposti, fissava in via abbreviata l'udienza di discussione per il 28.1.2003.

Alla udienza del 28.1.2004, all'esito della discussione, la causa veniva trattenuta per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L' A.T.I. ***** s.r.l. - ***** s.r.l., nonché le stesse società in proprio, hanno impugnato il verbale di gara del 6.8.2003, nonché l'avviso d'asta pubblica indetta dall'A.N.A.S. s.p.a. per l'affidamento di lavori di adeguamento delle barriere metalliche di sicurezza in località Paolise, nella parte in cui non veniva precisato che la **cauzione provvisoria** richiesta per la partecipazione potesse essere prestata da intermediari finanziari che, tuttavia, fossero in possesso di autorizzazione ministeriale; l'impugnazione si estendeva altresì all'eventuale aggiudicazione definitiva ed al contratto di appalto stipulato con l'attuale controinteressata, l' A.T.I. ***** s.r.l.- ***** s.r.l.- ***** 2000 di ***** Marco & C. s.a.s.

Ritiene il Collegio di esaminare il primo motivo di ricorso, rappresentando questo la censura principale proposta avverso le operazioni di gara oggetto di controversia.

La ricorrente ha dedotto che la Commissione non avrebbe potuto procedere alla successiva riammissione in gara di quelle imprese, già escluse, che avevano presentato una cauzione provvisoria rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385/93, ma che non erano in possesso dell'autorizzazione ministeriale di cui all'art. 30 della legge n. 109/94 e ss.mm.ii. e ciò perché il Ministero non aveva ancora provveduto alla definizione dei criteri per il relativo rilascio.

Il motivo è fondato.

Ritiene il Collegio che l'operato della Commissione si è tradotto in una sostanziale disapplicazione delle disposizioni del bando di gara in materia di cauzione provvisoria.

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, ovverosia 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.

Nel caso che occupa, tuttavia, il problema non sembra nemmeno porsi sotto tale punto di vista, atteso che il bando non aveva in alcun modo introdotto la possibilità di prestazione una cauzione **provvisoria** a mezzo di un intermediario finanziario che non fosse in possesso della (necessaria) autorizzazione ministeriale; infatti, la *lex specialis* di gara, nel prevedere tra i requisiti di partecipazione la prestazione della cauzione provvisoria, aveva espressamente richiamato l'art. 30 della legge n. 109/94 e pertanto la sua integrale disciplina che, come visto, non è suscettibile né di applicazioni riduttive, né di limitazioni di sorta. Né valga rilevare che nell'indicare i soggetti idonei al rilascio della garanzia de qua, a proposito della figura dell'intermediario finanziario, il bando non avesse specificato la necessità del possesso della prescritta autorizzazione da parte di quest'ultimo, e ciò sia perché, come visto, l'istituto deve essere comunque applicato nella sua integrale disciplina quale risultante dalla norma di cui all'art 30, sia anche perché il richiamo alla figura dell'intermediario finanziario assolveva unicamente ad una funzione di elencazione delle diverse modalità alternative di prestazione della cauzione **provvisoria**.

Al cospetto di una chiara disposizione del bando la Commissione ne avrebbe dovuto fare puntuale applicazione, così come era accaduto in occasione delle operazioni del 5.8.2003 in cui era stata disposta l'esclusione di numerose ditte proprio perché l'intermediario finanziario che aveva prestato la cauzione provvisoria non era in possesso della prescritta autorizzazione ministeriale; di contro, l'esercizio successivo di una sorta di potere di autotutela da parte della Commissione a cui era seguita la riammissione in gara delle imprese escluse ha comportato una sostanziale modificazione in sede interpretativa della *lex specialis* con sua conseguente sostanziale disapplicazione, laddove dell'eliminazione di eventuali suoi profili di illegittimità – ove mai preclusivi della partecipazione alla gara, essendo la cauzione **provvisoria** un requisito richiesto in tal senso - avrebbero dovuto farsi carico singole imprese aspiranti, oppure la stessa Amministrazione appaltante in sede di autotutela.

Ne discende che è del tutto illegittimo l'operato della Commissione che, invece, di procedere secondo le predefinite regole del bando, ne ha determinato una decisiva modificazione in corso di espletamento delle operazioni di gara, giungendo ad un risultato contrastante con gli ordinari principi di trasparenza e par condicio dei procedimenti ad evidenza pubblica.

Deve, pertanto, concludersi per l'accoglimento del ricorso impugnatorio, con conseguente annullamento del verbale del 6.8.2003 e di tutti i successivi atti di gara, con assorbimento di ogni ulteriore censura proposta.

Quanto alla domanda risarcitoria proposta, questa allo stato non può essere accolta, atteso che a tal fine è necessario subordinare l'accertamento dell'effettività del danno patito dalla ricorrente dalla successiva e doverosa attività amministrativa di esecuzione della presente decisione.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Prima Sezione

- accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il verbale delle operazioni di gara del 6.8.2003 e tutti i successivi atti del procedimento;
- respinge la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente;
- spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di Consiglio del 28.1.2004