

E Siamo a due: questa volta è il Tar Lazio a doversi occupare della legittimità dell'esclusione di una ditta la cui provvisoria è risultata emessa da una Società di Intermediazione Finanziaria non più in possesso, al momento della partecipazione, di valida autorizzazione ad operare, in quanto sottoposta a legittimo provvedimento della Banca di Italia di cancellazione dall'elenco speciale di cui all' art. 107 del d.lgs. n. 385 del 1993

Nel frattempo (i Rup ringraziano) il Consiglio dei ministri in data 12 marzo 2004, su proposta del Ministero Economia e Finanze, ha approvato il DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA: Regolamento recante criteri per il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione, da parte di intermediari finanziari, di fidejussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici, a norma dell'articolo 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Con la sentenza numero 2371 del 4 marzo 2004 il Tar del Lazio, sez 3 di Roma ci insegna che “non basta predicare che una polizza fidejussoria irregolare sarebbe pur sempre una garanzia di diritto privato escutibile dalla stazione appaltante, perché, aldilà della solvibilità, o meno, d'un siffatto garante, l'ATI ricorrente era obbligata dalla lex specialis di gara a prestare cauzione nei soli modi, forme ed utilizzo di soggetti abilitati specificamente ed inderogabilmente prescritti”

In fondo all'emarginata sentenza, riportiamo il nostro precedente articolo sulla sentenza

Tar Basilicata, sez. Potenza, numero 907 del 19 settembre 2003***

Ditta partecipante, “vittima” di una società di intermediazione finanziaria soggetta a cancellazione da parte della banca di Italia: assolutamente legittima l'esclusione dalla procedura pubblica, anzi doverosa

Ricordiamo che Sono cinque le sentenze che impongono l'autorizzazione ad hoc:

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 fidejussorie 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, Palemo, 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

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. 3°-ter
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6440/2003, proposto dalla ING. NINO ***** IMPRESA COSTRUZIONI GENERALI s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la ***** s.p.a. e la ***** COSTRUZIONI GENERALI s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Fabrizio RAVIDÀ ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Barnaba Oriani n. 32,

CONTRO

la ITALFERR s.p.a. e la Rete ferroviaria italiana – RFI s.p.a., correnti in Roma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Francesco Saverio MUSSARI ed elettivamente domiciliate in Roma, al Lungotevere dei Mellini n. 24

E NEI CONFRONTI

- della ***** s.p.a., corrente in Chieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la ***** COSTRUZIONI s.p.a., la ***** s.r.l., la ***** SOTECNI s.p.a., la ***** s.p.a. e la MARIO ***** & ASSOCIATI s.r. l., controinteressata, rappresentata e difesa dai proff. Mario SANINO ed Arturo CANCRINI ed elettivamente domiciliata in Roma, al viale dei Parioli n. 180,

- della ***** s.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la ***** COSTRUZIONI s. p.a., interventrice ad opponendum, rappresentata e difesa e dagli avvocati Alessandro PALLOTTINO ed Alessandro ALESSANDRI ed elettivamente domiciliata in Roma, alla via Flaminia n. 197,

PER L'ANNULLAMENTO

A) – della nota prot. DAL.AP.AA.00388/03 del 17 aprile 2003, comunicato informalmente il giorno successivo, nonché della nota prot. DAL.AP.AA.00471/03 del 20 maggio 2003, confermativa della precedente, con cui l'ITALFERR s.p.a. ha escluso l'ATI ricorrente dalla licitazione privata, indetta con bando pubblicato il 16 ottobre 2002, per la progettazione esecutiva ed i lavori di raddoppio della linea ferroviaria S. Lorenzo al Mare – Andora (PA – 658); B) – del bando di gara e della lettera d'invito, ove permissivi di tale esclusione; C) – dell'eventuale aggiudicazione dell'appalto, ove già intervenuta;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimiate e dell'interventrice ad opponendum;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 4 marzo 2004 il Cons. dott. Silvestro Maria RUSSO e uditi altresì, per le parti, solo gli avvocati MUSSARI, ALESSANDRI e PALASCIANO (per delega del prof. SANINO);

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato nella G.U. n. 242 del 16 ottobre 2002, l'ITALFERR s.p.a. ha indetto, in nome e per conto della RFI s.p.a., la licitazione privata indetta per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione esecutiva e lavori di raddoppio della linea ferroviaria S. Lorenzo al Mare-Andora (PA-658), da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta a prezzi unitari, con esclusione di offerte alla pari o in aumento rispetto all'importo a base d'asta (€ 334.599,91).

La ING. NINO ***** IMPRESA COSTRUZIONI GENERALI s.r.l. dichiara d'aver partecipato, in ATI con la ***** s.p.a. e la ***** COSTRUZIONI GENERALI s.p.a. di cui è mandataria capogruppo, alla gara in questione. Nell'atto di partecipazione, essa ha reso che l'ATI così costituito era un raggruppamento di tipo misto, a seconda delle rispettive qualificazione delle imprese associate. In particolare, la capogruppo è qualificata per la categoria principale OG4, mentre le altre due imprese partecipanti sono in possesso della qualifica per le categorie OG4 e OS21, quest'ultima scorporabile e non subappaltabile. Nondimeno, detta Società dichiara d'esser stata esclusa dalla gara de qua, perché: A) – ha indicato di voler subappaltare opere della categoria OS 21; B) - una delle imprese costituenti il consorzio di progettazione non ha prodotto il certificato ex art. 17 della l. 12 marzo 1999 n. 68. Con istanza del 23 aprile 2003, detta Società ha contestato i motivi dell'esclusione, ma Italferr s. p.a., con lettera del successivo 20 maggio, l'ha confermata sic et simpliciter.

Avverso siffatta esclusione insorge allora detta Società, con il ricorso in epigrafe, innanzi a questo Giudice, deducendo in punto di diritto due mezzi d'impugnazione. Con nota prot. DAL.AP.AA.00535/03 del 6 giugno 2003, la stazione appaltante individua un'ulteriore causa d'esclusione, per aver detta ATI prodotto una polizza fidejussoria, rilasciata da un intermediario finanziario nel frattempo cancellato dalla Banca d'Italia dallo speciale elenco ex art. 107 del Dlg 1° settembre 1993 n. 385. Avverso tale nota, l'ATI ricorrente propone motivi aggiunti notificati il 26 giugno 2003 e depositati il successivo 1° luglio, deducendo vari altri profili di censura.

Resistono in giudizio le intimete ITALFERR s.p.a. e RFI s.p.a., che concludono per l'infondatezza della pretesa attorea. Alla stessa conclusione perviene la ***** s. p.a., corrente in Chieti, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI costituita con altre imprese. Interviene ad opponendum nel presente giudizio la ***** s.a., corrente in Milano, in proprio e n.q. di mandataria dell'ATI con la ***** COSTRUZIONI s.p.a., la quale eccepisce l'infondatezza della pretesa attorea.

Le parti hanno ritualmente depositato memorie e documenti. Alla pubblica udienza del 4 marzo 2004, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1. – La ING. NINO ***** IMPRESA COSTRUZIONI GENERALI s.r.l. ha partecipato, in ATI con la ***** s.p.a. e la ***** COSTRUZIONI GENERALI s.p.a. di cui è mandataria capogruppo, alla licitazione privata indetta da ITALFERR s.p.a. e RFI s.p.a. per l'affidamento dell'appalto integrato di progettazione esecutiva e lavori di raddoppio della linea ferroviaria S. Lorenzo al Mare-Andora.

Essa impugna la sua esclusione dalla gara stessa, perché, secondo la stazione appaltante: A) – ha indicato di voler subappaltare opere della categoria OS 21, non subappaltabili per espressa previsione della lex specialis; B) – una delle imprese costituenti il consorzio di progettazione associato a tale ATI non ha prodotto il certificato ex art. 17 della l. 12 marzo 1999 n. 68. L'ATI ricorrente si grava altresì, con i motivi aggiunti depositati il 1° luglio 2003, avverso la nota prot. DAL.AP.AA.00535/03 del 6 giugno 2003, con cui la stazione appaltante, nel confermare i precedenti motivi d'esclusione, ne individua un'ulteriore causa nella *****costanza che la fidejussione a suo tempo prodotta è stata rilasciata da un intermediario finanziario, nel frattempo cancellato dalla Banca d'Italia dall'elenco ex art. 107 del Dlg 1° settembre 1993 n. 385.

(...)

6. – Il complesso dei motivi aggiunti, notificati il 26 giugno 2003 e depositati il successivo 1° luglio avverso l'ulteriore atto d'esclusione per aver presentato una polizza fidejussoria da parte d'un soggetto escluso dalla Banca d'Italia dallo speciale elenco ex art. 107 del Dlg 385/1993, è del tutto infondato e va rigettato.

In particolare, quanto al primo mezzo aggiunto, non è vero che l'atto così gravato sia un motivo sopravvenuto d'esclusione, quando, cioè, ormai essa era stata impugnata con il ricorso principale, in quanto questo è stato notificato il 9 giugno 2003, mentre il nuovo atto è stato comunicato all'ATI ricorrente tre giorni prima. Da rigettare è il secondo mezzo aggiunto, non essendo vero che, alla data del rilascio della cauzione (10 aprile 2003), la ***** s.p.a. fosse ancora a ciò abilitata grazie all'ordinanza cautelare di questo TAR, I sez., del 18 gennaio 2003, essendo a tale data stato pubblicato il dispositivo della sentenza ex art. 23-bis della l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (n. 19 del 24 gennaio 2003), che ha respinto il ricorso di detta Società avverso l'atto espulsivo emanato dalla Banca d'Italia. Il terzo motivo aggiunto è manifestamente inammissibile, perché non può la ricorrente dolersi in questo giudizio di un'ipotetica irregolarità d'una sentenza inter alios acta da altro Giudice, in un giudizio diverso da quello presente, ogni doglianza su tale punto dovendo esser fatta valere esclusivamente con i mezzi di gravame all'uopo stabiliti dalla legge. Parimenti inammissibile è il quarto motivo aggiunto, con cui l'ATI ricorrente censura in questa sede il provvedimento della Banca d'Italia, reso nei riguardi d'un terzo in procedimento amministrativo distinto da quello per cui è causa e nei cui riguardi essa può gravarsi innanzi al Giudice competente. In ordine, poi, al quinto mezzo aggiunto, in disparte ogni considerazione sul colpevole affidamento attoreo, secondo l'ordinaria diligenza, nei confronti della ***** s.p.a., comunque non basta predicare che una polizza fidejussoria irregolare sarebbe pur sempre una garanzia di diritto privato escutibile dalla stazione appaltante, perché, aldilà della solvibilità, o meno, d'un siffatto garante, l'ATI ricorrente era obbligata dalla lex specialis di gara a prestare cauzione nei soli modi, forme ed utilizzo di soggetti abilitati specificamente ed inderogabilmente prescritti.

7. – Il ricorso va così respinto, mentre le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. 3°-ter, respinge il ricorso n. 6440/2003 in epigrafe.

Condanna l'ATI ricorrente al pagamento, a favore delle parti resistenti e costituite ed in solido tra loro, delle spese del presente giudizio, complessivamente liquidate in € 3000 (Euro tremila), oltre IVA e CPA come per legge.

Ordina all'Autorità amministrativa d'eseguire la presente sentenza.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 4 marzo 2004.

Francesco CORSARO, PRESIDENTE

Silvestro Maria RUSSO, ESTENSORE

Tar Basilicata, sez. Potenza, numero 907 del 19 settembre 2003

Ditta partecipante, “vittima” di una società di intermediazione finanziaria soggetta a cancellazione da parte della banca di Italia: assolutamente legittima l’esclusione dalla procedura pubblica, anzi doverosa!

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!!!!!!!!!!!!!!

Segnaliamo l’emarginata sentenza del tar basilicata, sez. potenza, numero 907 del 19 settembre 2003 ***** a “monito” dell’uso di cauzioni provvisorie prefirmate e prestampate, quasi fossere biglietti per un trasporto urbano da tenere in tasca e obliterare quando occorre.....

Di Sonia LAZZINI

L’art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, al primo comma, come da ultimo modificato dall’art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, ha previsto che “L’offerta da presentare per l’affidamento dell’esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell’importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell’elenco speciale di cui all’art. 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...”.

La disposizione dianzi riportata è chiara nell’individuare come atti del tutto distinti, da una parte, l’iscrizione nell’elenco speciale di cui all’art. 107 T.U. n. 385/93, e, dall’altra, la prescritta autorizzazione ministeriale, entrambi richiesti perché sia valida, per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, la cauzione provvisoria prestata a mezzo di fideiussione rilasciata dagli intermediari finanziari.

Nel caso di specie, per le concorrenti ditte ***** , la garanzia fideiussoria è stata rilasciata, rispettivamente in data 7.2.2003 e in data 10.1.2003, dalla ***** S.p.A., -Società *****+ che è una società di intermediazione finanziaria, la quale, secondo quanto risulta dalla documentazione prodotta in giudizio dalla ricorrente, non risultava iscritta, alle date di rilascio delle suddette garanzie fideiussorie, nell’elenco speciale di cui all’art. 107 del T.U. n. 385/93 per effetto del provvedimento di cancellazione adottato in data *****+ dalla Banca d’Italia.

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 giustificerebbe 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

Precedenti sentenze correlate

Con la sentenza numero 3071 del 30 maggio 2003, il Tar Veneto, Venezia, conferma che 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, per poter emettere cauzioni provvisorie legittime negli appalti di lavori, debbano essere debitamente autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica

L'adito giudice amministrativo distingue infatti tra l'iscrizione nell'elenco speciale, 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

Con questa impostazione, di indubbia innovazione, si sono trovati d'accordo già altri due tribunali amministrativi:

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

Per quanto riguarda il soggetto garante – la Compagnia **** s.p.a. - il Collegio osserva che, come si è visto, non è stato documentato il rilascio della autorizzazione ministeriale in capo alla medesima società, e detta autorizzazione – de plano – costituiva una conditio sine qua non in base al richiamato art. 145, comma 50 della legge n. 388.

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 svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, **debbono essere autorizzati all'esercizio** di detta attività dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

L'autorizzazione in parola costituisce - chiaramente - una condizione esplicita e non certo "implicita" per lo svolgimento della ripetuta attività, come sostiene erroneamente la ricorrente, affermando che l'accertamento dell'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385 del 1993 è sufficiente a dimostrare anche la presupposta avvenuta autorizzazione del Ministero. **Questa affermazione è del tutto avulsa da una lettura letterale e logica dell' art. 145, comma 50 della legge n. 388, come sopra riportato.**

TAR Sicilia, Palermo. Sentenza n. 705 del 29 aprile 2003

Ebbene, alla luce della riportata disposizione di legge, contrariamente all'assunto della Costituenda A.T.I. ricorrente principale, deve ritenersi 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 **debbono anche essere in possesso di una apposita autorizzazione ministeriale**. La "ratio" della specifica autorizzazione appare, poi, evidente, ove si consideri la particolare rilevanza degli appalti pubblici e quindi la maggiore efficacia delle garanzie rilasciate in tale ambito.

Stante che nella fattispecie risulta incontrovertito che la polizza fideiussoria prodotta dalla costituenda A.T.I. ricorrente principale è stata rilasciata da società di intermediazione finanziaria **non in possesso dell'apposita autorizzazione, la stessa non doveva essere ammessa alla gara.**

Di Sonia LAZZINI

Per la chiarezza dell'esposizione, riportiamo alcuni passi dell'emarginata sentenza in tema di mala gestio nell'assunzione dei rischi delle fideiussioni, aggiungendo una nostra supposizione: si potrebbe trattare di garanzie provvisorie, prestampate? Comprate cioè allo stesso modo di un pacchetto di biglietti per i trasporti pubblici e "obliterate" ad ogni gara? Mah.....

Sintesi di 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 fideiussioni - inadeguato il patrimonio di vigilanza della società in relazione ai requisiti prudenziali richiesti in materia di rilascio di garanzie nei confronti del pubblico - **assenza nelle pratiche di fido della documentazione necessaria per l'analisi del merito del credito -**

"(...)

Incertezze sono state riscontrate, oltre che sull'entità, anche sulla qualità degli impegni fideiussori in corso, **per la prevalente assenza nelle pratiche di fido** della documentazione necessaria per l'analisi del merito del credito;

(...)

A proposito, poi, della contestazione circa la prevalente assenza nelle pratiche di fido della documentazione riflettente l'analisi del merito creditizio degli affidati, **la ricorrente obietta di avvalersi a tal fine delle elaborazioni del Cerved, cui è abbonata**. Attraverso il sistema informatico delle Camere di commercio la medesima deduce di riuscire a conseguire un quadro completo sugli affidati in ordine ad eventuali protesti, situazione dei soci, bilanci, certificati di vigenza e di fallimento. Tanto smentirebbe la contestazione che la vorrebbe manchevole del compimento di analisi di merito degli affidati. Del resto, prosegue l'intermediario, se questi addebiti fossero corretti, la sua gestione dovrebbe trovarsi allora a fronteggiare una serie infinita di sinistri sulle polizze rilasciate : poiché, però, così non sarebbe, anche questa considerazione varrebbe a confutare l'accusa di avere omesso le analisi sul merito creditizio.

(...)

Quanto alle analisi del merito creditizio, è agevole opporre che le risultanze cui la ricorrente si è richiamata (sistema Cerved), risultando di natura giuridico-formale, **si appalesano insufficienti ad un completo apprezzamento del rischio inerente alle operazioni creditizie**, che postula il compimento anche di valutazioni specifiche sulle effettive capacità individuali di rimborso e sulle concrete possibilità di garanzia e di soddisfacimento patrimoniale. Una eloquente conferma, del resto, **della scarsa attenzione della ricorrente per questi aspetti può ricavarsi dall'episodio, già segnalato, dell'emerso rilascio di fideiussioni per circa 3 milioni di euro a soggetti segnalati a sofferenza** (oltre che dalla vicenda, della quale si dirà al n. 6c4, della *****. s.r.l., descritta alla pag. 20 del rapporto ispettivo)."

*****TAR BASILICATA, SEZ. DI POTENZA, NUMERO 907 DEL 19 SETTEMBRE 2003

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA ha pronunciato la seguente SENTENZA

sul ricorso n. 201/03 proposto dalla ditta **** Nicola, in persona del titolare e legale rappresentante sig. Nicola ****, rappresentata e difesa dall'avv.to Carmine Bencivenga, presso il cui studio in Potenza, alla via San Vito, pal. Coge, è elettivamente domiciliata;

contro

- il Comune di Viggianello, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv.to Vincenzo Bonafine, elettivamente domiciliato in Potenza, alla via XX Settembre n. 19, presso lo studio dell'avv.to Donato Coviello;

e nei confronti

- della ditta **** s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

- della ditta **** S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

- della ditta **** Giuseppe Pietro, legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione

e previa concessione di decreto *inaudita altera parte*

- di tutti gli atti della gara pubblica indetta per l'affidamento dei "lavori di pubblica illuminazione nelle contrade abitate del territorio comunale", ed, in particolare, del verbale di gara del 18.2.2003;

- della determinazione dirigenziale n. 163, pubblicata il 17 marzo 2003, di aggiudicazione definitiva dei lavori in oggetto alla **** s.a.s.;

- di qualunque atto presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per il risarcimento dei danni

determinati dalla illegittima adozione dei provvedimenti impugnati, nel caso in cui non dovesse risultare possibile la reintegrazione in forma specifica invocata con il ricorso.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Viggianello;

Visto il decreto presidenziale del 30 aprile 2003, n. 138;

Vista l'ordinanza collegiale del 7 maggio 2003, n. 146;

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente;

Visto l'art. 23 *bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e visto il dispositivo di sentenza n. 30 pubblicato il 16 luglio 2003;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 10 luglio 2003, la relazione del consigliere Giuseppe Buscicchio;

Uditi gli avvocati come da relativo verbale;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con bando di gara del 12 dicembre 2002 il Comune di Viggianello indiceva una procedura di pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di "pubblica illuminazione nelle contrade abitate del territorio comunale", per un importo a base d'asta di € 125.453,71.

La gara -alla quale partecipava anche la ditta **** Nicola- si concludeva con l'aggiudicazione in favore della ditta **** s.a.s., disposta con determinazione dirigenziale n. 163 del 17 marzo 2003.

2. Con atto notificato il 14 aprile 2003 e depositato il successivo giorno 29, la ditta **** impugna la determinazione di aggiudicazione della gara e ne chiede l'annullamento, lamentando la presunta, illegittima ammissione alla procedura selettiva delle ditte ****, ****, ed ****.

La ditta ricorrente premette, in punto di interesse a ricorrere, che si aggiudicherebbe la gara ove si verificasse una delle seguenti ipotesi: a) contestuale esclusione delle ditte ****, ****, ed ****; b) contestuale esclusione delle ditte ****, ed ****; c) contestuale esclusione delle ditte **** e ****; d) contestuale esclusione delle ditte **** ed ****; e) esclusione della sola ditta ****.

A sostegno di tale affermazione produce, in allegato al ricorso, appositi conteggi.

In diritto, deduce le seguenti censure:

Violazione del bando di gara; violazione dell'art. 30 L. 109/94; eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Si sostiene, in primo luogo, che le garanzie fideiussorie, a mezzo delle quali è stata prestata la cauzione provvisoria prevista dal bando, presentate dalle ditte ****. ed **** avrebbero una durata inferiore al periodo minimo di 180 giorni previsto dalla *lex specialis*.

Ciò avrebbe dovuto condurre alla esclusione delle predette ditte dalla gara.

Si assume, ancora, che, per le ditte **** e ****., la garanzia fideiussoria sarebbe stata rilasciata da una società di intermediazione finanziaria che non risultava iscritta, nell'anno 2003, nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U. n. 385 del 1993.

Tale circostanza avrebbe dovuto determinare l'esclusione delle predette ditte dalla gara.

2.1. La ditta ricorrente chiede, infine, che, in caso di accoglimento del ricorso ed ove non dovesse risultare possibile la reintegrazione in forma specifica per effetto della avvenuta esecuzione dei lavori, l'Amministrazione comunale intimata venga condannata al risarcimento dei danni determinati dalla mancata esecuzione dei lavori e consistenti nella mancata percezione dell'utile d'impresa ammonante, quanto meno, al 10% dell'importo a base d'asta.

3. Resiste alla presente impugnativa, con atto di costituzione in giudizio depositato il 5 maggio 2003, il Comune di Viggianello che ha difeso la legittimità degli atti impugnati, concludendo per il rigetto del ricorso; spese vinte.

4. L'istanza cautelare, già anticipata dal decreto presidenziale del 30 aprile 2003 n. 138, è stata accolta con ordinanza collegiale del 7 maggio 2003 n. 146.

5. Con memoria conclusiva depositata il 4 luglio 2003, la ditta ricorrente ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

6. Non si sono costituiti gli altri soggetti indicati in epigrafe, ritualmente evocati in giudizio.

7. Alla pubblica udienza del 10 luglio 2003 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso, nella parte impugnatoria, è fondato.

2. Come esposto nella narrativa in fatto, la ditta ricorrente ha premesso, in punto di interesse a ricorrere, che si aggiudicherebbe la gara ove si verificasse una delle seguenti ipotesi: a) contestuale esclusione delle ditte ****, ****. ed ****; b) contestuale esclusione delle ditte ****. ed ****; c) contestuale esclusione delle ditte **** e ****.; d) contestuale esclusione delle ditte **** ed ****; e) esclusione della sola ditta ****.

A sostegno di tale affermazione, la ricorrente ha prodotto appositi conteggi la cui esattezza è stata verificata dal collegio.

2.1. Ciò chiarito, risulta fondata ed assorbente la censura evidenziante l'invalidità della cauzione prestata dalle ditte **** e ****., siccome rilasciata da una società di intermediazione finanziaria che non risultava iscritta, nell'anno 2003, nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U. n. 385 del 1993.

Nel disciplinare di gara è stato previsto che i concorrenti dovessero presentare, a pena di esclusione, *"...quietanza del versamento ovvero fideiussione bancaria ovvero polizza assicurativa originale relativa alla cauzione provvisoria..."*.

Nello stesso disciplinare è stato altresì disposto che *"Per quanto eventualmente non previsto nel presente bando, si farà riferimento alle normative vigenti in materia sui LL.PP. e in particolare alla L. 109/94..."*.

L'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, al primo comma, come da ultimo modificato dall'art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, ha previsto che *"L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 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..."*.

La disposizione dianzi riportata è chiara nell'individuare come atti del tutto distinti, da una parte, l'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U. n. 385/93, e, dall'altra, la prescritta autorizzazione ministeriale, entrambi richiesti perché sia valida, per la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici, la cauzione provvisoria prestata a mezzo di fideiussione rilasciata dagli intermediari finanziari.

Nel caso di specie, per le concorrenti ditte ****. ed ****., la garanzia fideiussoria è stata rilasciata, rispettivamente in data 7.2.2003 e in data 10.1.2003, dalla So.Fi.So. S.p.A., -Società di Finanziamento e Sostegno S.p.A., che è una società di intermediazione finanziaria, la quale, secondo quanto risulta dalla

