

La validità della cauzione fideiussoria rilasciata dagli intermediari finanziari è subordinata al possesso, da parte degli stessi, dell'autorizzazione da parte del competente Ministero del tesoro (ed ora dell'economia e delle finanze) all'esercizio dell'attività di prestazione di garanzia, siccome prescritto dall'art. 30 L. n. 109 del 1994, come modificato dall'art. 145, co. 50, L. n. 388 del 2000

La prestazione di una garanzia non idonea perchè non corrispondente ai requisiti richiesti dalle disposizioni integra, in definitiva, una ipotesi di mancanza nell'offerta di una cauzione...e conseguentemente determina l'esclusione del concorrente

Il Tar Puglia, Sezione prima di Bari, con la sentenza numero 3526 decisa il 27 luglio 2005 ci insegna che:

<è irragionevole il solo supporre che il mancato richiamo in un bando di gara di una norma imperativa di legge e delle conseguenze che derivano dalla sua inosservanza da parte della stazione appaltante e dei concorrenti debba essere interpretato nel senso della inapplicabilità di detta disciplina alla procedura alla quale il bando si riferisce>

Merita quindi ricordare che dal 20 maggio 2004 è in vigore il

Decreto del presidente della repubblica 30 marzo 2004, n. 115 - Criteri per il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione, da parte di intermediari finanziari, di fideiussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici

Ora poichè il dm 123/2004 in materia di polizze tipo non ne fa (ancora) menzione, giusto per precauzione è consigliabile che il bando riporti la seguente dicitura:

<<<possono essere prodotte, a titolo di cauzioni provvisorie e definitive, fideiussioni prestate da Intermediari finanziari, iscritti nell'elenco speciale di cui all'art.107 Dlgs n.385/1993 ed in possesso di autorizzazione rilasciata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ex art.2 c.1 D.P.R.n.115 del 30.3.2004>

NB: il fatto che venga usato il verbo possono è condizionato dalle circostanze che solo i partecipanti hanno la facoltà di decidere le modalità di presentazione della fideiussione: usare il verbo dev'essere potrebbe dar adito a incomprensioni del tipo <l'amministrazione obbliga il partecipanti ad avvalersi, solo, degli intermediari>...

### sentenze correlate:

<<**Il Tar Campania, I sez. di Napoli, n. 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.">>

\*\*\*\*\*

<<Il Consiglio di Stato con la decisione numero 819 del 22 febbraio 2005, ci insegna che la ratio dell'imposizione di un'ulteriore autorizzazione ministeriale per le Società di Intermediazione Finanziaria, ancorché iscritte all'articolo all'art. 107 D.Lgs. n. 307/1993, sta proprio nel fatto che:

< si trattava, quindi, all'evidenza, di una condizione ulteriore voluta dal legislatore per consentire a quei soli intermediari che, iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 D.Lgs. n. 307/1993 e perciò già abilitati a rilasciare garanzie in favore dei privati- di operare anche in un settore al momento ancora precluso per una ritenuta persistente minore affidabilità della categoria rispetto alle banche ed alle assicurazioni; affidabilità, tuttavia, che, nella valutazione del legislatore medesimo, poteva essere pienamente recuperata ove vi fosse stato uno specifico assenso ministeriale poi correlato al riscontro di un dato requisito>

si è reso quindi necessario un ulteriore intervento legislativo che si è concretizzato con l'emanazione del:

< d.P.R. 30 marzo 2004, n. 115, infatti, con il quale venivano adottati i criteri per il rilascio, da parte del Ministero dell'economia e delle finanze, subentrato nelle more a quello del tesoro per effetto dell'art. 23 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, dell'autorizzazione alla prestazione, da parte degli intermediari finanziari, di fidejussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, L. 11 febbraio 1994, n. 109; stabilendosi, in particolare, che il rilascio della stessa è subordinato alla condizione che tali intermediari siano sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'art. 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. Dal che la conferma da parte dello stesso legislatore, in una sorta d'interpretazione autentica del sistema, dell'insufficienza, al fine considerato, della iscrizione dell'intermediario finanziario nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo n. 385/1993 e della necessità del possesso di specifica ulteriore autorizzazione ministeriale.>

in conclusione, il supremo giudice amministrativo asserisce che:

< Né, poi, ad avviso del collegio, la già richiamata circostanza che, alla data del bando in esame, nessun intermediario finanziario era munito d'autorizzazione ministeriale a rilasciare polizze fidejussorie valide per il settore dei lavori pubblici poteva implicare un eccesso di potere della stazione appaltante per il fatto che la stessa nel bando aveva fatto riferimento alla considerata categoria professionale; da ciò, semmai, poteva conseguire, in relazione all'asserito affidamento indotto dal richiamo nel bando al nuovo testo dell'art. 30 della legge-quadro nonostante la sua concreta non piena applicabilità, il solo diritto del concorrente ad un termine per poter sanare la documentazione allegata alla domanda con la produzione di una valida polizza rilasciata da una banca o da una assicurazione; termine che è stato concesso nel caso in esame con un'ampiezza adeguata e sufficiente a stipulare una nuova polizza.

Conclusivamente, pertanto, come già rilevato dal Tribunale amministrativo regionale, avendo la società ricorrente presentato una polizza fidejussoria rilasciata da un intermediario finanziario non autorizzato, legittimamente la stessa è stata esclusa dalla gara. >>

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA PUGLIA  
Sede di Bari - Sezione Prima Reg. Ric. 2003

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso (n. 2050 del 2003) proposto dall'Impresa Costruzioni geom. Franco \*\*\*\*\*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giacomo e Giuseppe Mescia ed elettivamente domiciliata in Bari, Via Piccinni n. 210, presso lo studio dell'avv. Vincenzo Resta,

CONTRO

l'Istituto Autonomo per le Case Popolari – I.A.C.P. della provincia di Foggia, in persona del Commissario straordinario pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Lozupone ed elettivamente domiciliato in Bari, Via Argiro n. 25, presso lo studio dell'avv. Pierdomenico Logroscino e

nei confronti

della s.r.l. \*\*\*\*\*, in persona dell'amministratore unico pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Follieri ed elettivamente domiciliata in Bari, Via P.Fiore n. 14, presso lo studio dell'avv. Fabrizio Lofoco,

per l'annullamento

a) della deliberazione del Commissario straordinario dell'I.A.C.P. della provincia di Foggia n. 345 del 7 ottobre 2003, a mezzo della quale è stato disposto, in ordine all'espletata licitazione privata per l'affidamento dei lavori di completamento di n. 12 alloggi E.R.P. nel Comune di Monte Sant'Angelo, di annullare l'aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa ricorrente, per violazione dell'art. 30 L. n. 109/94 e s.m.i., e di affidare in via definitiva l'appalto dei lavori alla s.r.l. \*\*\*\*\* di Cerignola,

b) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, anche se non conosciuto ma lesivo.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dello I.A.C.P. della provincia di Foggia e della s.r.l. \*\*\*\*\*;

Viste le memorie depositate in giudizio dalle parti in causa costituite, a supporto delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 27 luglio 2004, il Pres. Gennaro Ferrari; uditi per l'impresa ricorrente l'avv. Antonio Mescia, anche per conto dell'avv. Giuseppe Mescia, per la controinteressata s.r.l. \*\*\*\*\* l'avv. Follieri e per lo I.A.C.P. della provincia di Foggia l'avv. Alterio, per delega dell'avv. Lozupone;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. – Con atto (n. 2050/2003) notificato a mezzo posta in data 9 dicembre 2003 e depositato il successivo 17 dicembre l'impresa di costituzioni geom. Franco \*\*\*\*\* ha proposto ricorso a questo Tribunale avverso i provvedimenti in epigrafe indicati e, premessa un'ampia e puntuale ricostruzione dei fatti che hanno dato origine alla controversia, ne ha chiesto l'annullamento, deducendo contro di essi le seguenti censure:

a) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 10 L. 7 agosto 1990 n. 241 – Illegittimità, atteso che lo I.A.C.P., dopo aver comunicato alla ricorrente di aver dato avvio al procedimento di riesame degli atti di gara ed acquisito le sue osservazioni, non ha controdedotto in merito ad esse ma si è limitato a prenderne in atto, in palese dispregio dei principi fissati nella materia de qua dalla giurisprudenza del giudice amministrativo;

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. 7 agosto 1990 n. 241 - Illegittimità, atteso che il provvedimento adottato dallo I.A.C.P. in via di autotutela non reca alcuna indicazione dell'interesse pubblico, specifico, concreto ed attuale, che ha determinato l'annullamento d'ufficio del provvedimento di provvisoria aggiudicazione dell'appalto lavori, ma solo della necessità di ripristinare la legalità violata;

c) Violazione e falsa applicazione del bando di gara e della lettera d'invito – Illegittimità, atteso che nè il bando di gara nè la lettera d'invito prescrivono che la cauzione provvisoria debba essere rilasciata, a pena di esclusione dalla procedura selettiva, da un intermediario finanziario autorizzato dal Ministero del tesoro all'esercizio dell'attività di rilascio di garanzie, dovendosi ritenere sufficiente che la società di intermediazione finanziaria sia iscritta nell'elenco speciale di cui all'art. 107 D.L.vo 1 settembre 1993 n. 385.

2. – Nel presupposto che il provvedimento di annullamento d'ufficio della provvisoria aggiudicazione dei lavori le ha provocato ingenti danni, di natura non solo patrimoniale, la ricorrente ha chiesto che l'intimato I.A.C.P. della provincia di Foggia sia condannato a risarcirla del pregiudizio sofferto.

3. – Si sono costituiti in giudizio lo I.A.C.P. della provincia di Foggia e la controinteressata s.r.l. i quali hanno diffusamente contestato la fondatezza dei motivi di doglianza dedotti dalla ricorrente e concluso per il rigetto del ricorso, con vittoria di spese.

4. - Nel corso dell'udienza pubblica le parti costituite e presenti si sono concordemente rimesse ai rispettivi scritti difensivi.

5. – Visti gli atti di causa il Collegio ritiene che il ricorso debba essere respinto, non risultando condivisibile alcuna delle censure con esso dedotte. Ed invero:

a) per quanto attiene al primo profilo di doglianza va preliminarmente puntualizzato che è quanto meno improprio il richiamo alle garanzie che il vigente ordinamento assicura al soggetto la cui sfera giuridica sia stata incisa da un atto adottato dall'Amministrazione nella via dell'autotutela, atteso che quest'ultima presuppone l'esistenza di un atto definitivo e produttivo di effetti che la stessa Amministrazione ha interesse a paralizzare, laddove nel caso in esame l'intervento dispiegato dallo I.A.C.P. si configura come mero ritiro di un atto endoprocedimentale che non è in grado di

ingenerare alcun affidamento in capo al suo destinatario, in quanto condizionato nella sua efficacia dalla determinazione finale dell'organo di amministrazione attiva chiamato a concludere il procedimento.

In ogni caso non esiste alcuna norma che imponga all'Amministrazione, che abbia dato avviso all'interessato dell'inizio del procedimento inteso alla eliminazione di vizi riscontrati nel modus procedendi seguito, di controdedurre alle osservazioni da questo formulate, prima di adottare la determinazione finale.

Ciò che conta è che l'Amministrazione, nel decidere, abbia dato atto di aver ricevuto e preso nota delle suddette osservazioni e di esse abbia tenuto conto nel pronunciare, il che nella specie è puntualmente accaduto atteso che la determinazione commissariale reca la puntuale indicazione delle ragioni sottese alla sua adozione e che contraddicono, motivatamente, alle argomentazioni svolte dalla ricorrente, anche se non espressamente e analiticamente richiamate;

b) con riferimento al secondo motivo di doglianza può osservarsi, come esattamente evidenziato dalle parti resistenti nei loro scritti difensivi, che l'obbligo per l'Autorità emanante di esternare le ragioni di pubblico interesse, diverse dal mero ripristino della legalità violata, che l'hanno indotta al ritiro dell'atto viziato, non sussiste quando si tratta, come nella specie, di determinazione endoprocedimentale avente per ciò stesso carattere provvisorio e quindi inidonea per sua natura ad ingenerare nel suo destinatario aspettative tutelate.

Nel senso che l'eliminazione dal mondo giuridico dell'aggiudicazione provvisoria non richiede una specifica motivazione in ordine all'interesse pubblico, che a mezzo di essa si è inteso tutelare, è la giurisprudenza del giudice amministrativo (Cons. Stato, IV Sez., 12 settembre 2000 n. 4822), dalla quale il Collegio non ha ragione di discostarsi.

Nella specie l'Amministrazione ha espressamente richiamato sia il parere reso dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con la nota n. 8159 del 15 settembre 2003 che un precedente in termini del Consiglio di Stato (V Sez., n. 1876 del 2002, cui adde n. 3716 del 2002), i quali hanno concluso nel senso che la validità della cauzione fideiussoria rilasciata dagli intermediari finanziari è subordinata al possesso, da parte degli stessi, dell'autorizzazione da parte del competente Ministero del tesoro (ed ora dell'economia e delle finanze) all'esercizio dell'attività di prestazione di garanzia, siccome prescritto dall'art. 30 L. n. 109 del 1994, come modificato dall'art. 145, co. 50, L. n. 388 del 2000, di cui incontestabilmente la società, che aveva prestato fideiussione per la ricorrente, era sprovvista.

Nel suo articolato e motivato provvedimento il Commissario straordinario ha espressamente richiamato la conclusione alla quale, sul punto, è pervenuto il Consiglio di Stato nelle succitate decisioni, e cioè che "la prestazione di una garanzia non idonea perchè non corrispondente ai requisiti richiesti dalle disposizioni integra, in definitiva, una ipotesi di mancanza nell'offerta di una cauzione...e conseguentemente determina l'esclusione del concorrente";

c) privo di pregio è, infine, l'ultimo motivo di doglianza atteso che è irragionevole il solo supporre che il mancato richiamo in un bando di gara di una norma imperativa di legge e delle conseguenze che derivano dalla sua inosservanza da parte della stazione appaltante e dei concorrenti debba essere interpretato nel senso della inapplicabilità di detta disciplina alla procedura alla quale il bando si riferisce.

6. – Conseguentemente deve essere disattesa l'istanza risarcitoria proposta dalla ricorrente, la quale postula che dagli atti impugnati, ed annullati in sede giurisdizionale, sia derivato per colpa

dell'Amministrazione un danno ingiusto, che nella specie si è dimostrato essere insussistente atteso che il Commissario straordinario ha fatto corretta applicazione delle norme che regolano la materia sulla quale è intervenuto.

7. – Il ricorso deve pertanto essere respinto, ma le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensati fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Sede di Bari, Sezione Prima, pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta per manifesta infondatezza delle censure con esso dedotte.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio del 27 luglio 2005, con l'intervento dei signori:

Gennaro Ferrari Presidente,est.

Vito Mangialardi Consigliere

Leonardo Spagnoletti Consigliere