

Anche se , al momento della gara, nessun intermediario finanziario risulta munito dell'autorizzazione di cui al D.p.r 115/2004, tale circostanza non puo' implicare l'obbligo per le stazioni appaltanti di accettarne la garanzia, non potendosi imporre alle stesse un'interpretazione della legge che si risolveva in una violazione della stessa

Risulta invece importante fornire 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

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 819 del 24 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>

anche in considerazione del fatto che :

< Il fatto, poi, al testo di cui all'art. 107 dello schema del regolamento di attuazione della legge-quadro (ora D.p.r. 554/99) non ammesso a registrazione dalla Corte dei conti, fosse stato aggiunto il riferimento alla necessità di una autorizzazione ministeriale, poteva avere un senso soltanto se visto in funzione di un ridimensionamento della disposizione precedentemente proposta che invece tale requisito non richiedeva>

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.>

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.819/05

Reg.Dec.

N. 4068 Reg.Ric.

ANNO 2004

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso n. 4068/2004 proposto dalla ****-Costruzioni generali La **** s.p.a., in persona del presidente e legale rappresentante pro-tempore ing. Edoardo Maria La ****, con sede a Roma, via Savoia 43, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Giuffrè ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, viale di Villa Grazioli n. 13;

contro

L'Agenzia per lo svolgimento dei XX giochi olimpici invernali "Torino 2006", in persona del legale rappresentante pro-tempore, in persona del direttore generale ing. Domenico Arcidiacono con il patrocinio dell'avv. Stefano Gattamelata ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via di Monte Fiore n. 22;

nonché contro

la **** s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore in proprio e quale capogruppo dell'associazione temporanea di imprese costituita con le mandanti **** engineering s.p.a. e ****, rappresentato e difeso dall'avv. Claudio Piacentini ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Bissolati n. 76;

per la riforma e l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale Piemonte-Torino, sez. II, del 26 marzo 2004, n. 515 con cui è stato respinto il ricorso n. 179/2004 proposto dall'appellante al fine di ottenere l'annullamento della nota dell'Agenzia per lo svolgimento dei XX giochi olimpici invernali Torino 2006 prot. 17908/03 conosciuta in data 21 novembre 2003 con cui era stata comunicata l'esclusione della **** s.p.a. dal pubblico incanto per la progettazione esecutiva, realizzazione delle opere, somministrazione di tutte le provviste e i mezzi d'opera necessari per la costruzione delle palazzine residenziali da adibire a villaggio olimpico durante i XX giochi olimpici invernali Torino 2006 nell'area M.O.I. di Torino, lotto 4; di ogni altro atto o provvedimento ad essa presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusi, ove occorrer possa, il bando e il disciplinare di gara, ove interpretati contra legem, nonché i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva nel frattempo intervenuti.

Visto il ricorso con relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia per lo svolgimento dei XX giochi olimpici invernali Torino 2006 e del **** ****

Visti gli atti tutti di causa.

Udita alla pubblica udienza del 5 novembre 2004 la relazione del consigliere Sabino Luce e sentiti, altresì l'avv. Savini per delega dell'avv. Giuffrè, l'avv. Gattamelata e l'avv. Romanelli per delega dell'avv. Piacentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con sentenza n. 515 del 3/26 marzo 2004, emessa ai sensi dell'art. 9, comma 1, della legge 21 luglio 2000, n. 205, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, sez. II, respingeva il ricorso n. 178/2004 proposto dalla ****- Costruzioni generali La **** s.p.a. contro l'Agenzia per lo svolgimento dei XX giochi olimpici Torino 2006 e nei confronti del **** **** Il ricorso era teso ad ottenere l'annullamento della nota dell'Agenzia, conosciuta in data 21 novembre 2003, con cui era stata comunicata l'esclusione della ricorrente dal pubblico incanto per la progettazione esecutiva, realizzazione delle opere, somministrazione di tutte le provviste e i mezzi d'opera necessari per la costruzione delle palazzine residenziali da adibire a villaggio olimpico durante i XX giochi olimpici invernali Torino 2006 nell'area M.O.I. di Torino, lotto 4; di ogni altro atto o provvedimento ad essa presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusi, ove occorrer possa, il bando e il disciplinare di gara, ove interpretati contra legem, nonché i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva nel frattempo intervenuti. Secondo i giudici di primo grado, l'esclusione della società ricorrente dalla gara di appalto-integrato indetto dall'intimata Agenzia era da considerare legittima, sia con riferimento al bando di gara, sia con riferimento al disposto di cui all'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, dato che la garanzia fideiussoria allegata alla domanda di partecipazione era stata rilasciata da un intermediario finanziario non appositamente autorizzato dal Ministero dell'economia. Contro la sentenza indicata propone appello la ****-Costruzioni generali La **** s.p.a. che ne chiede la riforma con annullamento degli atti impugnati in primo grado o, in subordine, con condanna dell'Agenzia appellata al risarcimento dei danni. Si sono costituiti in giudizio l'Agenzia per lo svolgimento dei XX giochi olimpici Torino 2006 e l'A.T.I. **** che hanno concluso per la reiezione dell'appello con la conferma della sentenza impugnata e con vittoria delle spese ed onorari del giudizio.

DIRITTO

L'Agenzia per lo svolgimento dei XX giochi olimpici invernali "Torino 2006", con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 3 settembre 2003, ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento di un appalto integrato, ai sensi dell'art. 19, comma 1, lett. b), n. 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, per la progettazione esecutiva, realizzazione delle opere, somministrazione delle provviste e mezzi occorrenti per la costruzione delle palazzine residenziali da adibire a villaggio olimpico durante i giochi olimpici invernali Torino 2006, nell'area M.O.I. di Torino, lotto 4, per un importo a base di gara di euro 20.842.034,04, IVA esclusa. Il bando prevedeva, tra l'altro, che i concorrenti dovessero presentare, unitamente all'offerta, una cauzione provvisoria di euro 416.840,68 secondo forme e modalità indicate nel disciplinare, il quale, al punto 15, lett. A) n. 19, stabiliva che la fideiussione bancaria o assicurativa potesse essere costituita a scelta dell'offerente in numerario, ovvero mediante fideiussione bancaria o assicurativa ed aggiungendo che erano altresì ammesse fideiussioni rilasciate da intermediari finanziari esclusivamente se e in quanto iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 D.Lgs. 385/93 che svolg(eva)no in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e specificamente autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze. Nella seduta dell'otto ottobre 2003, la commissione di gara riscontrava che la domanda di partecipazione presentata dalla ****-Costruzioni generali La **** s.p.a. era corredata da una cauzione provvisoria rilasciata da un intermediario finanziario- l'Istituto **** s.p.a.- il quale, sebbene iscritto nell'elenco di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385/1993, non era, tuttavia, stato specificamente autorizzato dal Ministero dell'economia a prestare cauzioni da valere in materia di affidamenti di lavori pubblici; la commissione, in conseguenza, invitava la società a produrre una nuova garanzia ammettendone, nelle more e con riserva, la domanda di partecipazione alla gara. La stessa commissione successivamente, non avendo la società, sebbene ulteriormente sollecitata, provveduto a presentare una nuova garanzia fideiussoria nel termine assegnato di dieci giorni- comunicando, anzi, che la documentazione prodotta era pienamente valida

e rispondente ai requisiti del disciplinare di gara ed alla normativa vigente in materia, e contestando la congruità del termine assegnato- disponeva l'esclusione dalla gara della ****

Con l'atto di appello la ****-Costruzioni generali La **** S.p.a. censura la sentenza di primo grado per asserita violazione dell'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dall'art. 145, comma 50, legge 23 dicembre 2000, n. 388 (primo motivo) e per eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa e per violazione della lex specialis della gara (secondo motivo). Oltre alle indicate due censure, peraltro già proposte in primo grado, l'appellante deduce, inoltre, l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara per violazione di legge (art. 11, legge 9 ottobre 2000, n. 285 e art. 8, comma 11 quater legge 11 febbraio 1994, n. 109) e del disciplinare di gara (terzo motivo). Secondo la società appellante, dalla disposizione di cui all'indicato art. 50 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, emergerebbe la volontà del legislatore di equiparare, ad ogni effetto, le cauzioni prestate dagli intermediari finanziari a quelle rilasciate dagli istituti di credito ed assicurativi. L'autorizzazione richiesta dalla legge ai fini dell'indicata equiparazione, secondo l'appellante, non riguarderebbe la specifica attività di rilascio di cauzioni per la partecipazione alle gare d'appalto di lavori pubblici, bensì più in generale lo svolgimento da parte dell'intermediario finanziario, in via esclusiva o prevalente, dell'attività di rilascio di garanzie assicurative. I requisiti finanziari occorrenti per l'iscrizione nell'elenco speciale di cui al citato art. 107 del D.Lgs. n. 385/93-fissati con decreto del Ministero del tesoro 13 maggio 1996 emanato sentiti la Banca d'Italia e la Consob- secondo la società ricorrente, sono assai più rilevanti rispetto a quelli previsti per l'iscrizione nell'elenco generale di cui all'art. 106 del medesimo D.Lgs. n. 385/93; di modo che può senz'altro affermarsi che gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale godono in generale di maggiore affidabilità rispetto a quelli iscritti nell'elenco generale, e proprio in virtù di ciò solo ai primi e non anche ai secondi l'art. 145 della legge n. 388/00 ha attribuito la facoltà di rilasciare cauzioni per la partecipazione a gare relative agli affidamenti di lavori pubblici. Tali soggetti, infatti, ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1999, devono avere un capitale sociale versato di almeno pari a due miliardi di vecchie lire (oltre un milione di euro), vale a dire più del doppio fissato per quelli iscritti nell'elenco generale di cui all'indicato art. 106 D.Lgs. n. 385/93, per i quali è sufficiente un capitale minimo pari a 500.000 euro, nonché mezzi finanziari pari o superiori all'ammontare previsto dall'art. 2, comma 2, lett. A) del citato D.M. 13 maggio 1999, vale a dire 10 miliardi di vecchie lire (pari a oltre 5 milioni di euro). A ciò si aggiunge il particolare regime di vigilanza e controllo cui sono sottoposti gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui al già citato art. 107 del D.Lgs. n. 385/93. Di modo che, secondo l'appellante, la fideiussione da essa presentata per la partecipazione alla gara indetta dall'Agenzia intimata, in quanto rilasciata da società (****) iscritta nell'elenco speciale di cui al detto art. 107 D.Lgs. n. 385/93-come risultava dall'attestazione resa dal direttore della filiale di Agrigento della Banca d'Italia, allegata all'offerta- ed autorizzata all'esercizio in via prevalente dell'attività di rilascio di garanzie era sufficiente ai fini dell'ammissione e partecipazione alla gara. D'altra parte, sempre secondo l'appellante, anche ammessa la necessità di un'ulteriore autorizzazione da parte del Ministero dell'economia, la mancanza della stessa non poteva portare, per un principio di conservazione degli atti giuridici, a sospendere l'applicazione della norma, oltretutto ad oltre tre anni dalla sua entrata in vigore. Nei sensi indicati, poi, sarebbe stata la prassi operativa della maggior parte delle stazioni appaltanti che abitualmente ammetterebbero le offerte corredate da fideiussioni rilasciate da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale ed esercenti in via esclusiva o prevalente l'attività di rilascio di cauzioni e la più autorevole giurisprudenza amministrativa formatasi dopo la novella di cui all'art. 30 della legge n. 109/1994. Con il secondo motivo di appello, poi, la società ricorrente censura la sentenza di primo grado anche laddove la stessa ha affermato che la stazione appaltante aveva legittimamente applicato una clausola del disciplinare di gara che richiamava, quanto al contenuto, l'art. 30, primo comma, della legge quadro sui lavori pubblici. Proprio la sostanziale coincidenza tra il contenuto del punto 19 del disciplinare di gara e l'art. 30 della legge n. 109/1994 avrebbe dovuto condurre il Tar a ravvisare l'adeguatezza

della cauzione provvisoria presentata da essa *****, giacché detto art. 30 riconosce senz'altro agli intermediari finanziari, alle condizioni ivi descritte, di esercitare legittimamente l'attività di rilascio di cauzione anche nell'ambito di procedure di gare per l'affidamento di lavori pubblici. Il modus procedendi della stazione appaltante sarebbe stato, infine, incongruo e contraddittorio giacché, pur avendo previsto nel bando la possibilità di avvalersi di una polizza rilasciata da un intermediario finanziario, avrebbe poi ritenuto che nessun intermediario finanziario, mancando i criteri per il rilascio della pretesa ulteriore autorizzazione, poteva lasciare la fideiussione occorrente. Infine, la *****, con il motivo di censura proposto per la prima volta in appello, fa presente che l'A.T.I aggiudicataria della gara avente come capogruppo la ***** s.p.a., pur presentando una garanzia contenente l'impegno del fideiussore a prestare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, la cauzione definitiva pari al 20%, aveva, tuttavia, manifestato la volontà di ridurre tale cauzione del 50% nel caso di possesso della certificazione di qualità ISO 9000. Il che, secondo l'appellante, implicava la violazione dell'art. 8, comma 11 quater, della legge n. 109/1994 che consentiva la riduzione delle sole garanzie previste dall'art. 8, comma 11 quater della legge n. 109/1994 e non riguardava le garanzie previste da altre disposizioni di legge quale in particolare, con riferimento al caso in esame, quelle di cui all'art. 11 della legge n. 285/2000 per gli interventi ricadenti nel programma dei giochi olimpici invernali "Torino 2006".

L'appello è infondato e come tale va respinto in relazione a tutti i motivi dedotti e come in precedenza riassunti.

L'art. 30 della legge-quadro n. 109/1994, nel testo originario, stabiliva che l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici dovesse essere corredata da una cauzione pari al 2 % dell'importo dei lavori; garanzia da prestare (oltre che in numerario o titoli di Stato o garantiti dallo Stato) anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa. Secondo la prevalente giurisprudenza, la disposizione si riferiva alle sole imprese che esercitavano attività bancarie ed assicurative strictu iure e che, in quanto tali, garantivano la necessaria affidabilità in ragione del regime cui dovevano sottostare (Cons. St. sez. V, 31 gennaio 2001, n. 355); non era consentito, quindi-secondo la giurisprudenza- ampliare la tipologia dei depositi cauzionali, allargandola agli enti autorizzati ad operare nel settore dell'intermediazione finanziaria (Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2000, n. 5101). Di modo che l'art. 107 del predisposto schema di regolamento di attuazione della legge (e di cui al successivo d.P.R. n. 554/1999), il quale, al secondo comma, specificava che le garanzie fideiussorie occorrenti potessero essere rilasciate anche dagli intermediari finanziari che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie ai sensi del decreto legislativo n. 385/1993, non era ammesso a registrazione da parte della Corte dei conti per mancanza di copertura di normativa primaria (Sez. Contr. St. 8 maggio 2000, n. 40). Sicché, in questa prima fase d'applicazione della legge-quadro n. 109/1994, risultava definitivamente acclarato che gli intermediari finanziari, sia che fossero iscritti nel solo elenco generale di cui all'art. 106 del D. L.gs. n. 385/1993, sia che fossero iscritti nell'elenco speciale di cui al successivo art. 107 ed abilitati a rilasciare garanzie in favore dei privati, non erano, tuttavia, ritenuti legittimati ad operare in un settore che, per le sue peculiarità, richiedeva un'affidabilità che la categoria non era ritenuta, al momento, in grado di rappresentare; e ciò nonostante la gravosità dei requisiti per l'iscrizione nell'elenco speciale ed il rigore della vigilanza cui essi sottostavano, quali diffusamente descritti dalla parte appellante

Successivamente, però, con l'art. 145, comma 50, della legge n. 388/2000, di modifica del richiamato art. 30 della legge n. 109/1994, era disposto che le cauzioni provvisorie ai fini della partecipazione a dette gare potessero essere prestate, oltre che tramite fideiussione bancaria o assicurativa, anche mediante fideiussione rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolg(evano) in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministro del tesoro, del

bilancio e della programmazione economica. Rispetto alla normativa precedentemente in vigore, era, in tal modo, ampliata la legittimazione, non di tutti gli intermediari finanziari, ma solo di quelli iscritti nell'indicato elenco speciale e che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie; la disposizione, inoltre, a differenza di quella contenuta nell'art. 107 dello schema di regolamento di attuazione della legge-quadro, cui si è fatto in precedenza riferimento e non ammessa alla registrazione della Corte dei conti, richiedeva un'autorizzazione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. Ai fini della risoluzione della controversia in esame, si tratta, allora, di stabilire se tale autorizzazione ministeriale fosse- come pretende l'appellante- quella occorrente agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385/1993 per lo svolgimento dell'attività di rilascio di garanzie in favore dei privati (peraltro, nemmeno necessaria trattandosi di soggetti a ciò autorizzati per legge ai sensi dell'elencazione di cui al decreto attuativo del Ministero del tesoro del 6 luglio 1994), oppure fosse una condizione ulteriore affinché tali soggetti potessero operare anche in un settore di spiccata rilevanza pubblicistica, che imponeva, nella valutazione del legislatore, un ulteriore assenso ministeriale al fine di rimuovere le remore che ancora permanevano sull'affidabilità della considerata categoria professionale. Ad avviso del collegio, mentre sul piano letterale la norma potrebbe essere interpretata nell'uno o nell'altro senso, a seconda che l'espressione a ciò autorizzati sia fatta riferire allo svolgimento in via esclusiva o prevalente dell'attività di rilascio di garanzie, oppure al rilascio di polizze fideiussorie equiparate a quelle delle banche e assicurazioni, sul piano, logico- sistematico, l'unica interpretazione consentita è la seconda. L'autorizzazione ministeriale richiesta non poteva, cioè, essere quella implicante l'assenso allo svolgimento dell'attività di rilascio di garanzie, dal momento che tale condizione (peraltro, come già rilevato, non necessaria) era stata già considerata dal legislatore ai fini dell'individuazione del più ristretto ambito entro il quale andavano selezionati gli intermediari finanziari cui si poteva riconoscere la legittimazione ad operare nel settore dei lavori pubblici. Il fatto, poi, al testo di cui all'art. 107 dello schema del regolamento di attuazione della legge-quadro non ammesso a registrazione dalla Corte dei conti, fosse stato aggiunto il riferimento alla necessità di una autorizzazione ministeriale, poteva avere un senso soltanto se visto in funzione di un ridimensionamento della disposizione precedentemente proposta che invece tale requisito non richiedeva. 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. Con il d.P.R. 30 marzo 2004, n. 115, infatti, 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 fideiussioni 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.

Così ricostruita la genesi e la portata precettiva della disposizione di cui all'art. 30 della legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 145, comma 50, della legge n. 388/20001, va dato atto che, nel caso in esame, il bando di gara vi era pienamente conforme; nel formularlo, anzi, l'ente appellato, con riferimento alle polizze degli intermediari finanziari, al fine di rendere più chiara la portata

limitativa delle prescrizioni, vi inseriva un avverbio- specificamente- non compreso nel testo di legge ma che meglio traduceva il concetto della già richiamata necessità del possesso dell'ulteriore requisito dell'autorizzazione ministeriale.

Per la risoluzione del giudizio in esame, non resta allora che stabilire se possa essere riconosciuto un qualche valore precettivo alla modifica legislativa di cui al più volte richiamato art. 30 della legge-quadro nelle more della definizione dell'assetto regolamentare occorrente al rilascio dell'autorizzazione da parte del Ministero dell'economia; questione su cui il Consiglio di Stato, interpellato sullo schema dell'indicato regolamento di cui al d.P.R. n. 115/2004, ha ritenuto di non potere esprimere parere dato che il relativo quesito non era stato ritualmente formulato ed esulava dal contenuto del regolamento emanando (Cons. St. Sez. cons. atti normativi 15 dicembre 2003). Sul punto, ad avviso del collegio, non ha alcuna rilevanza l'asserita, ma indimostrata, prassi operativa cui si sarebbero attenute alcune stazioni appaltanti nel riconoscere l'immediata operatività della nuova disposizione, attribuendole, tuttavia, un significato diverso da quello suo proprio; ritenendo, cioè, che gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385/93 fossero, per ciò solo e nell'immediato, legittimati a rilasciare fidejussioni valevoli per le gare di appalto di lavori pubblici. Una tale prassi, infatti- anche a volerla ritenere esistente- non avrebbe comunque potuto vincolare le stazioni appaltanti le quali, con riferimento a singoli e specifici loro appalti, avessero ritenuto che la sola iscrizione nell'elenco speciale dell'intermediario finanziario non ne assicurava in pieno l'affidabilità; né il fatto che, al momento della gara, nessun intermediario finanziario era munito dell'autorizzazione poteva implicare l'obbligo per le stazioni appaltanti di accettarne la garanzia, non potendosi imporre alle stesse un'interpretazione della legge che si risolveva in una violazione della stessa. Neppure, poi, contrariamente a quanto dedotto dalla ***** risulta che la giurisprudenza amministrativa si sia in qualche modo orientata nel senso indicato da essa appellante; peraltro, in quella richiamata nell'atto di appello è soltanto evidenziata la non equiparabilità degli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del D. Lgs. n. 358/93 con quelli iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 dello stesso decreto, senza alcuna indicazione sull'asserita idoneità dei secondi non in possesso dell'autorizzazione ministeriale prevista per legge a rilasciare polizze fideiussorie valevoli per la partecipazione alle gare di affidamento di lavori pubblici. La giurisprudenza amministrativa sino ad ora acquisita è, anzi, pressoché unanime nell'aderire all'opposta, rispetto a quella dell'appellante, tesi- che è, poi, quella fatta propria dal collegio- della necessità a tale scopo dell'indicato ulteriore assenso ministeriale (cfr. tra l'altro, Cons. St. Sez. V, n. 3716/2002; cfr. anche parere del Comitato antiriciclaggio del Ministero dell'economia n. 93 del 27 marzo 2001). 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 fideiussorie 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 fideiussoria rilasciata da un intermediario finanziario non autorizzato, legittimamente la stessa è stata esclusa dalla gara. Il che comporta la mancanza d'interesse della società appellante all'esame della terza censura relativa all'aggiudicazione dell'appalto; censura peraltro che va considerata anche inammissibile in quanto dedotta per la prima volta in appello.

Per la novità delle questioni trattate, ricorrono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, sezione sesta, respinge l'appello e conferma la decisione impugnata. Spese compensate.

Ordina che la decisione sia eseguita in via amministrativa.

Così deciso in Roma il 5 novembre 2004, in camera di consiglio dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, con l'intervento dei sigg.

Giorgio GIOVANNINI Presidente

Sabino LUCE Consigliere Est.

Carmine VOLPE Consigliere

Giuseppe MINICONE Consigliere

Francesco D'OTTAVI Consigliere

Presidente

Consigliere Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 4068/2004

FF

Tribunale amministrativo regionale Piemonte-Torino, sez. II, del 26 marzo 2004, n. 515

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – 2^a Sezione – ha pronunciato la seguente
Sent. n. 515

Anno 2004

R.g. n. 179

Anno 2004

SENTENZA

sul ricorso n. 179/2004 proposto dalla **** – Costruzioni Generali La **** S.p.A., in persona del Presidente e legale rappresentante ing. Edoardo Maria La ****, con sede in Roma, via Savoia n. 43, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Giuffré, Alessio Tuccini ed Emanuela Rossi ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in Torino, via Caboto n. 44,

c o n t r o

l'Agencia per lo svolgimento dei XX Giochi Olimpici Invernali "Torino 2006", in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Merani e Alberto Briola ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi in Torino, corso Vittorio Emanuele II n. 68,

e nei confronti

della ****- **** S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, con sede in Roma, via Carlo Pesenti n. 121 - 123, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea costituita con **** Engineering S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, con sede in Torino, corso F. Ferrucci n. 112/A, e ****, corrente in Bologna, via della Cooperazione n. 30, rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Piacentini ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Torino, corso Duca degli Abruzzi n. 15,

per l'annullamento, previa sospensione,

- della nota dell'Agenzia per lo svolgimento dei XX Giochi Olimpici Invernali "Torino 2006" prot. 17908/03, conosciuta in data 21 novembre 2003, con cui è stata comunicata l'esclusione della **** S.p.A. dal pubblico incanto per la "progettazione esecutiva, realizzazione delle opere, somministrazione di tutte le provviste e i mezzi d'opera necessari per la costruzione delle palazzine residenziali da adibire a villaggio olimpico durante i XX giochi olimpici invernali Torino 2006 nell'area M.O.I. di Torino – LOTTO 4";

- di ogni altro atto o provvedimento ad essa presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusi, ove occorrer possa, il bando ed il disciplinare di gara, ove interpretati contra legem, nonché i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva nel frattempo intervenuti.

Visto il ricorso e i documenti allegati;

Vista la domanda cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visti gli atti di costituzione e le memorie dell'Agenzia per lo svolgimento dei XX Giochi Olimpici Invernali "Torino 2006" e dell'A.T.I. controinteressata;

Relatore il Referendario dott. Paolo Lotti;

Uditi, all'odierna udienza camerale, l'avv. Tuccini per la società ricorrente, l'avv. Merani per l'Agenzia per lo svolgimento dei XX Giochi Olimpici Invernali "Torino 2006" e l'avv. Piacentini per l'A.T.I. controinteressata.

ESPOSIZIONE IN FATTO

Con ricorso, notificato il 20.1.2004, depositato in data 29.1.2004, la società ricorrente impugnava la nota dell'Agenzia per lo svolgimento dei XX Giochi Olimpici Invernali "Torino 2006", prot. 17908/03, conosciuta in data 21 novembre 2003, con cui era stata comunicata l'esclusione della **** S.p.A. dal pubblico incanto per la "progettazione esecutiva, realizzazione delle opere, somministrazione di tutte le provviste e i mezzi d'opera necessari per la costruzione delle palazzine residenziali da adibire a villaggio olimpico durante i XX giochi olimpici invernali Torino 2006 nell'area M.O.I. di Torino – LOTTO 4"; impugnava, inoltre, ove potesse occorrere, il bando ed il disciplinare di gara, ove interpretati contra legem, nonché i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva nel frattempo intervenuti: di tali atti la ricorrente chiedeva l'annullamento, previa sospensione, per i seguenti motivi:

1- Violazione dell'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dall'articolo 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388; ciò in quanto tale norma ha espressamente esteso la possibilità di prestare le garanzie necessarie per l'affidamento di appalti pubblici anche agli 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 garanzia, a ciò autorizzati dal ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica;

2- Eccesso di potere. Violazione della lex specialis della gara. Illogicità e contraddittorietà dell'azione amministrativa. Difetto d'istruttoria; ciò in quanto l'Agenzia Torino 2006 ha pubblicato un disciplinare di gara che prescriveva la possibilità che le fidejussioni fossero rilasciate da intermediari finanziari in base al suddetto articolo 107 del decreto legislativo n. 385 del 1993 mentre, successivamente alla presentazione delle offerte da parte dei concorrenti, l'Agenzia ha mutato radicalmente indirizzo, non soltanto affermando l'illegittimità della fideiussione prestata nell'interesse della **** dall'Istituto Finanziario ****, ma arrivando addirittura a sostenere che nell'attuale regime normativo alcun intermediario finanziario potrebbe validamente rilasciare cauzioni ai sensi dell'art. 30, legge n. 109/94, in quanto il Ministero dell'Economia e delle Finanze non avrebbe ancora provveduto a definire i criteri per il rilascio dell'ulteriore autorizzazione che, secondo l'interpretazione che qui si contrasta, sarebbe all'uopo indispensabile, per cui la condotta dell'Agenzia sarebbe del tutto incongrua e contraddittoria, avendo previsto la possibilità di avvalersi di tale figura di intermediario finanziario e, successivamente, escludendo la ricorrente per essere ricorsa alla figura medesima.

Si costituivano in giudizio l'Agenzia intimata e l'A.T.I. controinteressata, con relative memorie, chiedendo il rigetto del ricorso.

All'odierna udienza camerale è stata fissata la discussione della domanda di sospensione degli atti impugnati.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Collegio ritiene di poter decidere la causa ai sensi dell'art. 9, 1° comma, della legge 21 luglio 2000, n. 205, avendo sentito, sul punto, le difese delle parti costituite.

Ritenuto che l'articolo 30, primo comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, così come modificato dall'articolo 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 richiede, in capo al fideiussore una specifica autorizzazione del Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica (ora Ministero dell'Economia) che, nella specie, non è stata mai rilasciata al fideiussore della società ricorrente;

Ritenuto, pertanto, che l'Agenzia Torino 2006 ha legittimamente escluso la società ricorrente sulla base del fatto che la ricorrente ha presentato una garanzia fideiussoria da parte di un soggetto inidoneo.

In tale modo, la stazione appaltante ha legittimamente applicato una clausola del disciplinare di gara (punto 19) che richiamava, quanto al contenuto, il suddetto articolo 30, primo comma, della legge quadro sui lavori pubblici;

Ritenuto, inoltre, che la circostanza dell'asserita mancata attuazione del sistema delle autorizzazioni ai sensi del richiamato articolo 30 della legge n. 109 del 1994 e dell'articolo 107 del testo unico sulle norme bancarie (d.lgs. 385 del 1993), non è idonea a costituire il denunciato vizio di eccesso di potere, in quanto il bando di gara (ed, in particolare, il disciplinare richiamato dal medesimo) si è limitato esclusivamente a riprodurre, in modo identico, il contenuto di una valida disposizione di legge in vigore;

Ritenuto, infine, che la richiesta di regolarizzazione della cauzione nei confronti della ricorrente, effettuata dalla stazione appaltante, risulta del tutto irrilevante rispetto al giudizio sulla legittimità degli atti impugnati, atteso, oltre a ciò, che la stessa ricorrente aveva dichiarato di non voler prestare alcuna ulteriore garanzia, ritenendo conforme quella prestata (lettera ***** 17.10.2003);

Ritenuto, conseguentemente, che i motivi di ricorso appaiono infondati e che lo stesso ricorso deve essere respinto;

Ritenuto, quanto alle spese di lite, che le stesse devono essere compensate tra le parti, sussistendone giusti motivi;

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, II sezione, pronunciandosi sul ricorso ai sensi dell'art. 9, 1° comma, della legge 21 luglio 2000, n. 205, lo RESPINGE.

COMPENSA, tra le parti, le spese di lite.

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

Così deciso in Torino, nella Camera di Consiglio del 3.3.2004, con l'intervento dei signori magistrati:

Giuseppe CALVO Presidente

Paolo LOTTI Referendario, estensore

Antonio PLAISANT Referendario

Il Presidente L'Estensore

f.to Calvo f.to Lotti

Il Direttore di Segreteria Depositata in Segreteria a sensi

f.to Ruggiero di Legge il 26 marzo 2004

Il Direttore della Sezione

f.to Ruggiero