

L'autorizzazione di cui al D.p.r. 115/2004 si riferisce ai soli intermediari finanziari già iscritti all'art. 107 del d. lgs. 385/93 , già abilitati a rilasciare garanzie in favore di privati, consentendo ai medesimi – attraverso l'introduzione di un preciso sistema incentrato su particolari forme di controllo da parte della Banca d'Italia sulla loro specifica professionalità - di operare con maggiore certezza e tranquillità nell'area delle cauzioni di cui alla richiamata legge quadro sui lavori pubblici.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con la sentenza numero 988 del 28 dicembre 2005 ci insegna che:

In buona sostanza, tale ulteriore assenso ministeriale non poteva che riferirsi ai soli intermediari finanziari già iscritti nel citato elen-co speciale, tenuto dalla banca d'Italia sulla base dell'attività svolta e dell'esistenza di particolari condizioni patrimoniali degli interessati (basate essenzialmente sulla dimensione e sul rapporto tra indebitamento e patrimonio) e, quindi, già abilitati a rilasciare garanzie in fa-vore di privati, consentendo ai medesimi – attraverso l'introduzione di un preciso sistema incentrato su particolari forme di controllo da parte della Banca d'Italia sulla loro specifica professionalità - di operare con maggiore certezza e tranquillità nell'area delle cauzioni di cui alla ri-chiamata legge quadro sui lavori pubblici.

Ma non solo.

<Con l'ulteriore conseguenza che nelle more della più completa definizione dell'assetto regolamentare dell'autorizzazione ministeriale de qua e fino all'entrata in vigore del citato D.P.R. n. 115/2004, rela-tivo ai criteri di rilascio della medesima, il parametro di riferimento dell'abilitazione degli intermediari finanziari al rilascio delle garanzie equiparate a quelle delle banche o delle assicurazioni nel settore dei lavori pubblici, ai sensi della menzionata legge n. 109/1994, va indi-viduato nella iscrizione o meno di questi soggetti nello speciale elenco di cui all'art. 107 del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, tenuto dalla Banca d'Italia>

a cura di Sonia Lazzini

## REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia-na, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

### DE C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 1372/2004, proposto da

\*\*\*. s.p.a.,

in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e dife-sa dall'avv. Guido Cacopardo, ed elettivamente domiciliata in Paler-mo, viale Piemonte, 51, presso lo studio dello stesso;

c o n t r o

\*\*\* COSTRUZIONI s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo del R.T.I. tra la stessa e la \*\*\* IMPIANTI s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni e Giuseppe Immordino, ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Libertà, 171, presso lo studio degli stessi;

e nei confronti

dell'AZIENDA U.S.L. N. 4 DI ENNA, in persona del legale rappre-sentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, - sede di Palermo (sezione prima) - n. 2495/04 del 10 novembre 2004;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio degli avv.ti Giovanni e Giuseppe Immordino per la \*\*\* costruzioni s.r.l. in proprio e n.q.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il dispositivo n. 189/05 del 5 luglio 2005;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 giugno 2005 il consigliere Raffaele Maria De Lipsis, e uditi altresì l'avv. G. Cacopardo per la società appellante e l'avv. G. Immordino per la società appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

**F A T T O**

Con sentenza n. 2495/04 del 10 novembre, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione prima, in accoglimento del ricorso proposto dalla società \*\*\* Costruzioni s.r.l., annullava i seguenti atti.

a) provvedimento n. 826 dell'11 dicembre 2003, con il quale il re-sponsabile unico del procedimento aveva invitato in autotutela il presidente di gara a riaprire le operazioni concorsuali, al fine di "annullare l'assunzione, in fase di aggiudicazione, dei principi contenuti nella sentenza n. 421/2002 del TAR Liguria (successivamente annullata dal C.d.S. con decisione n. 1277/03)", procedendo, nel contempo, a rettificare l'aggiudicazione a favore del partecipante alla gara che avesse presentato offerta valida a due cifre decimali, come previsto dal bando di gara;

b) delibera n. 3340 del 29 dicembre 2003 emessa dall'Azienda Unità Sanitaria n. 4 di Enna di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione all'A.T.I. \*\*\* Costruzioni dei lavori per la realizzazione delle opere di adeguamento e messa a norma del presidio ospedaliero Basilotta di Nicosia e nuova aggiudicazione alla impresa \*\*\*. s.p.a.;

c) provvedimento n. 2711 del 30 ottobre 2003 di riapertura delle operazioni di gara;

d) verbale di gara del 6 novembre 2003, relativo all'ammissione alla gara dell'A.T.I. Cooperativa \*\*\*- \*\*\* Stefano;

e) verbali di ammissione alla gara dell'ATI \*\*\* s.r.l.- Jo-nica 2001- Piccola Società Cooperativa s.r.l., nonché l'ATI \*\*\*. Soc. Coop. a r.l..

L'annullamento si basava sulla fondatezza della dedotta censura relativa alla violazione dell'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109. In sostanza, il procedimento di gara in questione sarebbe risultato inficiato dalla mancata esclusione di due ATI, che avrebbero presentato una cauzione non aderente al dettato normativo, in quanto costituita da una fidejussione rilasciata da un intermediario finanziario non autorizzato dal Ministero del Tesoro.

Appellava la citata decisione la \*\*\*. S.p.a., che deduceva i seguenti motivi di gravame:

1) "Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come modificato dall'art. 145, comma 50, della legge 23 dicembre 2000, n. 388".

Erroneamente il TAR avrebbe ritenuto che - in difetto della speciale autorizzazione del Ministero dell'Economia - gli intermediari finanziari, ancorché iscritti nello speciale elenco tenuto dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 107 del dec. leg.vo 1° settembre 1993, n. 385, non possa non rilasciare polizze fidejussorie valide ai fini della legge in materia di opere pubbliche.

2) "Violazione e falsa applicazione, sotto diverso profilo, dell'art. 30 della l. 109/1994".

Il TAR non avrebbe tenuto conto che alla controversia in esame - in assenza delle norme regolamentari di attuazione, approvate solo successivamente alla proposizione del ricorso in discussione - non sarebbe applicabile il citato art. 30 della l. 109/94 nell'interpretazione proposta.

3) "Illogicità o insufficienza della motivazione"

Anche a volere ritenere illegittima l'ammissione alla gara dei raggruppamenti temporanei \*\*\* s.r.l. e \*\*\*, nulla sarebbe cambiato in ordine al calcolo della soglia di anomalia e circa la formazione della graduatoria ai fini dell'aggiudicazione; sul punto, la decisione non sarebbe motivata.

Resisteva all'appello l'\*\*\* Costruzioni s.r.l., che insisteva per la reiezione del gravame.

**D I R I T T O**

1) L'appello è da accogliere.

Il punto centrale della controversia affidata all'esame del Col-legio consiste nello stabilire se nella gara bandita dall'Azienda Unità Sanitaria n. 4 di Enna, per l'adeguamento e messa a norma di un pre-sidio ospedaliero, siano state correttamente ammesse due imprese che avevano presentato una fideiussione rilasciata da un intermediario finanziario, il quale - ancorché iscritto nell'apposito elenco speciale di cui all'art. 107, primo comma, del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 - non era, tuttavia in possesso dell'autorizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze a rilasciare la fideiussione prevista dall'art. 30 della l. 11 febbraio 1994, n. 109.

Affermano i primi giudici che il procedimento di gara in questione è risultato inficiato dalla mancata esclusione delle due ATI, le quali avrebbero presentato una cauzione non aderente al dettato normativo, in quanto costituita da una fideiussione rilasciata da un intermediario finanziario non autorizzato dal Ministero del Tesoro.

Sostiene, invece, l'odierno appellante che, in carenza del regolamento che ha disciplinato il rilascio della citata speciale autorizzazione ministeriale, emanato con D.P.R. 30 marzo 2004, n. 115 e, quindi, in data posteriore all'espletamento della gara d'appalto in esame, l'intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale tenuto presso la Banca d'Italia era da ritenersi abilitato a rilasciare le fideiussioni di cui trattasi.

La tesi dell'appellante merita di essere condivisa.

2) Giova, preliminarmente, puntualizzare l'esatto quadro normativo di riferimento, ricercando nelle disposizioni in esame l'interpretazione logico-sistematica più accettabile e coerente.

Come è noto, l'art. 30 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, 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 anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa.

La citata disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza come riferibile alle sole imprese che esercitavano attività bancaria ed assicurativa *stricto iure* e che, in quanto tali, garantivano la necessaria affidabilità in ragione del regime cui dovevano sottostare; non era, quindi, consentito allargare la tipologia dei depositi cauzionali inglobando anche gli enti autorizzati ad operare nel settore dell'intermediazione finanziaria (cfr., per tutte, C.d.S. V sez., 31 gennaio 2001, n. 355).

Tale interpretazione, da un lato, induceva a ritenere che nell'ordinamento esisteva, ormai, una completa assimilazione - ai fini delle cauzioni da prestare nelle gare per l'affidamento di lavori pubblici - soltanto tra i due menzionati tipi di polizze fideiussorie, bancarie ovvero assicurative (cfr., da ultimo: C.G.A. 21 gennaio 2005, n. 8) e, dall'altro, comportava che gli intermediari finanziari - sia che fossero iscritti nel solo elenco generale (tenuto dall'U.I.C.) di cui all'art. 106 del d. leg.vo 1 dicembre 1993, n. 385, sia che fossero iscritti nell'elenco speciale (tenuto dalla Banca d'Italia) di cui al successivo art. 107 ed abilitati a rilasciare garanzie a favore dei privati, non erano, tuttavia, ritenuti legittimati ad operare in un settore che, per le sue peculiarità, richiedeva una affidabilità che la categoria non era ritenuta in grado di rappresentare (ex plurimis: C.G.A. 25 febbraio 2002, n. 82; C.d.S. IV sez. 23 novembre 2002, n. 6440 e V sez., 31 gennaio 2001, n. 355).

Successivamente, il legislatore - a fronte dell'evoluzione normativa che ha riconosciuto e normato, anche attraverso opportuni meccanismi di garanzia del mercato, l'attività degli intermediari finanziari - ha ritenuto di dovere riconoscere in modo esplicito e puntuale tale evoluzione, innovando l'ordinamento ed intendendo equiparare con immediatezza ai fini che interessano su tutto il territorio italiano, intermediari finanziari ed istituti bancari ed assicurativi, ha introdotto, con l'art. 145, comma 50, della l. 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001), la previsione secondo cui entrambi i menzionati soggetti potevano prestare la fideiussione di cui all'art. 30 della l. 109/94. Con l'ulteriore precisazione che avrebbero potuto operare in tal modo non tutti gli intermediari finanziari, ma soltanto quelli iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del citato d. lgs. 385/93 e che svolgevano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie; la predetta disposizione, inoltre, richiedeva una autorizzazione del Ministero dell'economia e delle finanze (subentrato nelle more a quello del Tesoro per effetto dell'art. 23 del d. lgs. 30 luglio 1999, n. 300),

i cui criteri e le cui modalità di rilascio sono stati definiti con il regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 30 marzo 2004, n. 115.

In buona sostanza, tale ulteriore assenso ministeriale non poteva che riferirsi ai soli intermediari finanziari già iscritti nel citato elenco speciale, tenuto dalla Banca d'Italia sulla base dell'attività svolta e dell'esistenza di particolari condizioni patrimoniali degli interessati (basate essenzialmente sulla dimensione e sul rapporto tra indebitamento e patrimonio) e, quindi, già abilitati a rilasciare garanzie in favore di privati, consentendo ai medesimi – attraverso l'introduzione di un preciso sistema incentrato su particolari forme di controllo da parte della Banca d'Italia sulla loro specifica professionalità - di operare con maggiore certezza e tranquillità nell'area delle cauzioni di cui alla richiamata legge quadro sui lavori pubblici.

Con l'ulteriore conseguenza che nelle more della più completa definizione dell'assetto regolamentare dell'autorizzazione ministeriale de qua e fino all'entrata in vigore del citato D.P.R. n. 115/2004, relativo ai criteri di rilascio della medesima, il parametro di riferimento dell'abilitazione degli intermediari finanziari al rilascio delle garanzie equiparate a quelle delle banche o delle assicurazioni nel settore dei lavori pubblici, ai sensi della menzionata legge n. 109/1994, va individuato nella iscrizione o meno di questi soggetti nello speciale elenco di cui all'art. 107 del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, tenuto dalla Banca d'Italia.

2.1) In corretta applicazione delle su esposte considerazioni al caso di specie, la verifica dell'abilitazione dell'intermediario finanziario che aveva rilasciato le fidejussioni alle due A.T.I. ritenute illegittimamente ammesse dai primi giudici, non andava effettuata alla stregua del regolamento che ha disciplinato il rilascio della speciale autorizzazione ministeriale, trattandosi di fattispecie concorsuale antecedente alla sua entrata in vigore; pertanto, legittimamente le A.T.I. in questione sono state ammesse all'appalto de quo.

3) Conclusivamente, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata decisione, va rigettato l'originario ricorso.

Secondo la regola della soccombenza le spese, della appellante, liquidate come da dispositivo, vanno poste a carico della impresa \*\*\*\* Costruzioni s.r.l..

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata decisione, rigetta il ricorso di primo grado.

Spese a carico del doppio grado di giudizio, liquidate forfettariamente in euro seimila.

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nella camera di consiglio del 28 giugno 2005

Depositata in segreteria - il 28 dicembre 2005