

Le disposizioni contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, essendo principio valido in ogni procedimento concorsuale quello per cui, anche se il bando costituisce la *lex specialis*, le leggi c.d. autoesecutive devono essere comunque applicate, benché non espressamente richiamate.

Il Tar Sicilia, Catania, con la sentenza numero 2121 del 3 novembre 2006 ci offre due importanti insegnamenti:

- √ il bando di una gara di appalto è atto amministrativo a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto al quale l'eventuale *jus superveniens* non ha effetti innovatori, fatto salvo, ovviamente, l'esercizio del potere di autotutela.
- √ le disposizioni contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, essendo principio valido in ogni procedimento concorsuale quello per cui, anche se il bando costituisce la *lex specialis*, le leggi c.d. autoesecutive devono essere comunque applicate, benché non espressamente richiamate

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Quarta, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Ettore Leotta Presidente rel. estensore

Dott. Francesco Brugaletta Consigliere

Dott. Dauno Trebastoni Referendario

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 454/2006 R.G. proposto dall'Impresa *** Giuseppa, in persona della titolare, rappresentata e difesa dall'Avv. Luciano Cannata, presso il cui studio, sito in Catania, Piazza Ludovico Ariosto n. 21, è elettivamente domiciliata;

contro

il Comune di Pedara, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Bruno Fiorito, presso il cui studio, sito in Catania, Via G. D'Annunzio n. 24, è elettivamente domiciliato;

il Presidente di gara per l'aggiudicazione dei lavori di manutenzione strade comunali del Comune di Pedara (Vie Teocrito – Bellini e sistemazione caditoie in via Pizzoferro), Arch. Salvatore Di Mauro presso il Comune di Pedara, non costituito;

e nei confronti

delle imprese Alfredo ***, *** s.r.l., *** s.n.c. di Scinaro Tabernacolo Maria, Licciardello Laura, *** di Nucifora Michele, *** Calogero e Catania Francesco, non costituite;

per l'annullamento

previa sospensione

- del bando di gara del 22 novembre 2005, relativo al pubblico incanto indetto dal Comune di Pedara per i lavori di manutenzione di strade comunali (Vie Teocrito – Bellini e sistemazione caditoie in via Pizzoferro), e dell'annesso disciplinare di gara nella parte in cui, nell'escludere la necessità della presentazione della cauzione provvisoria, omette di richiedere la presentazione dell'atto di impegno del fideiussore di cui all'art. 30, comma 1, della L. n. 109/1994, come recepito dalla L.R. n. 7/2002;
- dei provvedimenti adottati dal seggio di gara di ammissione alla stessa delle offerte prive dell'impegno al rilascio della fideiussione definitiva;
- del verbale di aggiudicazione della gara di appalto dell'11 gennaio 2006;
- del provvedimento settoriale n. 1046 del 22 novembre 2005 di approvazione del bando di gara e del relativo disciplinare;
- di ogni altro atto o provvedimento precedente o successivo, comunque connesso, presupposto o consequenziale, anche se non impugnato perché non conosciuto, e dei quali se ne chiede l'annullamento o la revoca, previa sospensione dell'esecutività.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore per la pubblica udienza del 26 ottobre 2006 il Consigliere dott. Ettore Leotta;

Uditi gli Avvocati delle parti costituite come da verbale di causa;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

Fatto e diritto

1) Con provvedimento n. 1046 del 22 novembre 2005 il Comune di Pedara ha approvato il progetto per lavori di manutenzione delle strade comunali Vie Teocrito – Bellini e sistemazione caditoie in via Pizzoferro per complessivi Euro 36.000,00 (di cui Euro 28.213,00 per lavori a base d'asta).

Nel relativo bando di gara, all'art. 8, è stato escluso l'obbligo della prestazione della cauzione provvisoria, nulla disponendosi in ordine alla presentazione dell'impegno del fideiussore alla prestazione della garanzia definitiva di cui all'art. 30, comma 2, della L. n. 109/1994, come recepito in Sicilia con L.R. n. 7/2002.

Alla gara di appalto, svoltasi l'11 gennaio 2006, sono stati ammessi n. 8 concorrenti.

Il seggio di gara, individuata la media finale delle offerte, risultata essere pari a 24,964 %, ha aggiudicato l'appalto all'impresa Alfredo ***, che aveva offerto il ribasso del 24,93 %.

Con ricorso notificato l'8 febbraio 2006, depositato il 14 febbraio 2006, l'Impresa *** Giuseppa ha impugnato tutti gli atti di gara ed il relativo bando, sostenendo che, ove fossero state escluse le offerte presentate dalla *** s.r.l., dalla *** s.n.c., dalla *** Laura, dalla *** e dalla *** Calogero, perché prive dell'impegno di un fideiussore a prestare la garanzia definitiva, il numero dei concorrenti ammessi sarebbe stato inferiore a cinque, onde la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata al migliore offerente, e precisamente alla deducente, che aveva presentato il ribasso del 25,22 %.

Il Comune di Pedara si è costituito in giudizio per avversare il gravame, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza cautelare n. 524 dell'8 – 24 marzo 2006 questo Tribunale ha disposto la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, rinviando la trattazione nel merito della causa all'udienza pubblica dell'11 luglio 2006.

Frattanto, con determina n. 437 del 18 maggio 2006 il Responsabile del V° Settore del Comune di Pedara, richiamata l'ordinanza cautelare di questo Tribunale ed il parere del proprio difensore del 24 aprile 2006, ha così disposto:

“revocare in autotutela il verbale di aggiudicazione del 11.01.2006. Aggiudicare i lavori di manutenzione di strade comunali Via Teocrito – Bellini e sistemazione caditoie in via Pizzoferro alla ditta *** Giuseppa”.

In esecuzione della predetta determina, l'Amministrazione ha stipulato il contratto di appalto con l'Impresa *** in data 6 settembre 2006.

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2006, nel corso della quale la causa è passata in decisione, l'Avvocato dell'Ente resistente ha chiesto che sia pronunciata la cessazione della materia del contendere.

2) Preliminarmente va evidenziato che la determina n. 437 del 18 maggio 2006, con la quale il Responsabile del V° Settore del Comune di Pedara ha revocato (rectius: annullato) il verbale dell'11 gennaio 2006, aggiudicando l'appalto all'Impresa *** Giuseppa, è stata adottata in esecuzione dell'ordinanza cautelare n. 524 dell'8 – 24 marzo 2006.

Orbene, per giurisprudenza assolutamente pacifica (Cfr. Cons. Stato , V, 25 ottobre 1999 , n. 1696; idem, IV, 14 dicembre 2004 , n. 8027), non costituisce vicenda idonea a far cessare la materia del contendere la circostanza che la p.a. doverosamente esegua la pronuncia del giudice di primo grado, ancorché cautelare, in quanto la misura cautelare serve solo a conservare intatte le ragioni del ricorrente in attesa della sentenza di merito e dura fintantoché non sia emanata quest'ultima, come d'altronde il provvedimento adottato in sua esecuzione.

Pertanto, nonostante l'adozione della determina n. 437/2006 e la successiva stipula del contratto di appalto, rimane integro l'interesse dell'Impresa ricorrente alla decisione della causa.

3) Nel merito il ricorso è fondato.

Ai fini del decidere, occorre evidenziare anzitutto che il bando della gara di cui trattasi è stato approvato con delibera n. 1046 del 22 novembre 2005, ossia anteriormente all'entrata in vigore della L.R. 29 novembre 2005, n. 16 (pubblicata nella G.U.R.S. del 2 dicembre 2005), che ha modificato la normativa in materia di appalti di opere pubbliche in Sicilia.

Per giurisprudenza assolutamente pacifica (Cfr. Cons. Stato, V, 28 febbraio 2002 n. 1225; idem, V, 21 aprile 2006 n. 2260), il bando di una gara di appalto è atto amministrativo a carattere normativo, *lex specialis* della procedura, rispetto al quale l'eventuale *jus superveniens* non ha effetti innovatori, fatto salvo, ovviamente, l'esercizio del potere di autotutela.

Ne consegue che alla fattispecie di cui trattasi va applicata la normativa vigente alla data di adozione del bando di gara.

Come già precisato da questo Tribunale (Cfr. Tar Catania, Sezione Terza, 12 novembre 2003 n. 1893), l'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, nel testo introdotto in Sicilia con L.R. 2 agosto 2002 n. 7 e con L.R. 19 maggio 2003 n. 7 (prima delle modifiche di cui alla L.R. 29 novembre 2005 n. 16), che riporta in rubrica la dizione "Garanzie e coperture assicurative", ai commi 1, 1 bis e 2, dispone testualmente:

"1 - 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 ... e dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2 qualora l'offerente risultasse aggiudicatario. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

1 bis - Per i lavori d'importo a base d'asta inferiori alla soglia comunitaria e superiore a 150.000 euro, la cauzione di cui al comma 1 è ridotta allo 0,50 per cento da prestarsi a mezzo di fideiussione bancaria. Per i lavori d'importo a base d'asta fino a 150.000 euro la cauzione non è richiesta ...

2 - L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10% dell'importo degli stessi. ...".

La norma riportata prescrive (Cfr. Cons. Stato, V, 15 giugno 2001, n. 3183):

- una cauzione provvisoria del 2% (contemplata dal comma 1), relativa alla fase di partecipazione alla gara, nonché l'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione;

- una cauzione definitiva del 10% a carico dell'aggiudicatario (contemplata dal comma 2).

Quando al comma 1 bis si afferma che "per i lavori d'importo a base d'asta fino a 150.000 euro la cauzione non è richiesta", il Legislatore regionale ha inteso eliminare la "cauzione provvisoria" di cui al comma 1, mantenendo fermi sia "l'impegno" del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, in caso di aggiudicazione, sia la "cauzione definitiva" stessa.

Come chiarito dal Tar Palermo, Sezione Seconda, con sentenza 11 giugno 2004, n. 1518, alla quale espressamente si rinvia, nel caso in cui il bando di gara si sia limitato ad escludere l'obbligo della prestazione della cauzione provvisoria, senza nulla disporre in merito alla presentazione dell'impegno del fideiussore alla prestazione della garanzia definitiva (la cui esclusione sarebbe in contrasto con l'art. 30, comma 1, della L. 109/94, nel testo come sopra individuato), lo stesso bando

deve intendersi integrato ex lege nel senso della necessità, da parte degli offerenti, di provvedere a quest'ultimo adempimento, con conseguente illegittimità degli atti di ammissione alla gara delle offerte prive dell'impegno al rilascio della garanzia fideiussoria definitiva, nonché, per invalidità derivata, del provvedimento di aggiudicazione della gara.

Infatti, per giurisprudenza assolutamente pacifica (Cfr. Cons. Stato, V, 27 febbraio 2001, n. 1069; idem, IV, 10 gennaio 2002, n. 113; idem, V, 11 febbraio 2003, n. 700), le disposizioni contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, essendo principio valido in ogni procedimento concorsuale quello per cui, anche se il bando costituisce la *lex specialis*, le leggi c.d. autoesecutive devono essere comunque applicate, benché non espressamente richiamate.

Tenuto conto di tali principi di diritto, nel caso sottoposto all'esame del Collegio il seggio di gara avrebbe dovuto escludere le offerte prive dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, in caso di aggiudicazione.

Conseguentemente, rimanendo in gara un numero di concorrenti inferiore a cinque, in applicazione dell'art. 21, comma 1 bis, ultima parte, della L. n. 109/1994, nel testo introdotto in Sicilia con L.R. 2 agosto 2002 n. 7 e con L.R. 19 maggio 2003 n. 7 (prima delle modifiche di cui alla L.R. 29 novembre 2005 n. 16), l'appalto avrebbe dovuto essere aggiudicato all'Impresa *** Giuseppa, che aveva presentato il ribasso più elevato (25,22 %).

In conclusione, il ricorso dev'essere accolto, sussistendo i denunciati vizi di violazione dell'art. 30 della legge n. 109/1994, come recepito dalla legge regionale n. 7/2002 (dedotto con la seconda censura), e di violazione dell'art. 21, comma 1 bis, ultima parte, della legge n. 109/1994, come recepito dalla legge regionale n. 7/2002 (dedotto con la terza censura).

Pertanto va disposto l'annullamento dell'impugnato verbale di gara dell'11 gennaio 2006 e degli atti conseguenziali, limitatamente alla parte in cui non è stata disposta l'esclusione delle offerte presentate dalla *** s.r.l., dalla *** s.n.c., dalla *** Laura, dalla *** e dalla *** Calogero, e l'appalto non è stato aggiudicato all'impresa *** Giuseppa.

Gli onorari e le spese del giudizio vanno compensati per metà, mentre per l'altra metà sono posti a carico del Comune intimato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Quarta accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnato verbale di gara dell'11 gennaio 2006 e gli atti conseguenziali, nei modi di cui in motivazione.

Gli onorari e le spese del giudizio vanno compensati per metà, mentre per l'altra metà, determinata in Euro ottocento (800,00), oltre Iva e C.P.A. come per legge, sono posti a carico del Comune resistente.

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

Così deciso in Catania, nella Camera di consiglio del 26 ottobre 2006.

Il Presidente relatore estensore

(Dott. Ettore Leotta)

Depositata in Segreteria il 03 novembre 2006