

La Scheda tipo 1.1 e la Scheda Tecnica 1.1 di cui al DM 123/2004 – eterointegrative della lex specialis del bando ed espressione di norme imperative inderogabili – abilitano i concorrenti a presentare alla stazione appaltante i (soli) relativi modelli (Scheda tecnica) debitamente compilati e sottoscritti per accettazione incondizionata delle condizioni previste nello Schema tipo.

L'adempimento deve ritenersi sufficiente, per fatto di norma giuridica – lex generalis che s'impone sulla lex specialis del bando - ad assolvere correttamente gli impegni in materia di cauzione provvisoria in sede di partecipazione alla gara. Nessun ulteriore onere, infatti, viene imposto al concorrente circa l'indicazione – nella polizza di garanzia provvisoria - della durata della cauzione definitiva, così lasciandosene intendere il rinvio recettizio alla durata normativamente predeterminata nell'art. 101, DPR 554/1999

Il Tar Lazio, Latina, con la sentenza numero 429 del 5 luglio 2006 ci insegna che:

Nella specie, detto adempimento (dichiarazione di impegno integrativa della cauzione definitiva) non risponde ad alcuno specifico e particolare interesse dell'Amministrazione atteso che questa è sufficientemente garantita, in punto di impegno cauzionale, dalla presentazione delle schede tecniche il cui contenuto copre sia la misura della cauzione provvisoria che l'impegno futuro a valere sulla (misura della) cauzione definitiva. Richiedere alle imprese concorrenti un'ulteriore produzione documentale, del tutto ininfluenza ai fini della garanzia, appare di inutile aggravio procedimentale e non rispondente ad un'apprezzabile utilità per l'amministrazione. Proprio perché non si tratta di un adempimento essenziale per il buon esito della procedura di gara, la sua mancanza non può comportare, dunque, l'esclusione della gara.

Neppure la mancata produzione della dichiarazione di impegno appare violare la par condicio dei concorrenti. La ratio dell'art. 30, L. n. 109 del 1994, nonché dell'art. 9, c. 59, della L. n. 415 del 1998 (recante "Ulteriori modifiche alla L. n. 109/1994"), è quella di evitare – con il rinvio agli schemi di polizza tipo – incertezze documentali ed adempitive in un settore delicato come quello delle cauzioni. Ecco perché il Legislatore ha ritenuto di eterointegrare la lex specialis con gli schemi tipo attribuendo a questi pieno valore abilitante, sostitutivo di ogni altro documento. Pare evidente, dunque, che nessun vulnus al principio di imparzialità può cogliersi nella mancata produzione della (aggiuntiva) dichiarazione per il semplice motivo che l'impegno a prestare la cauzione definitiva per la durata stabilita dalla stazione appaltante (fino a dodici mesi dalla ultimazione dei lavori) non poteva non ritenersi giuridicamente compreso nella dichiarazione riportata nell'art. 1, c. 2, dello Schema Tipo 1.1 allegato alla domanda di partecipazione alla gara.

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO  
Sezione staccata di LATINA  
ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Sul ricorso n. 322/06 proposto dalle Imprese \*\*\*\* Lavori s.r.l., in proprio e quale designata mandataria della costituenda A.T.I. con la società \*\*\*\* Costruzioni s.r.l., in persona del proprio legale rappresentante Enrico \*\*\*\* e della \*\*\*\* Costruzioni s.r.l. in proprio, in persona del proprio legale rappresentante Maurizio \*\*\*\*, rappresentate e difese, congiuntamente e disgiuntamente,

dagli avv.ti Michele De Cilla e Salvatore Napolitano ed elettivamente domiciliate in Latina, al viale XVIII dicembre n. 43 (studio avv. M. Giglio);

contro

Comune di Formia, in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Di Russo dell'Avvocatura Comunale ed elettivamente domiciliato in Latina presso la Segreteria del Tar Lazio;

e nei confronti

di \*\*\*\*. srl, e \*\*\*\* srl., in persona del loro legale rappresentante, rappresentate e difese dall'avv. Vittorio Signore ed elettivamente domiciliate presso la Segreteria del Tar Lazio, sez. di Latina;

per l'annullamento

-del provvedimento di esclusione dal pubblico incanto relativo ai lavori di realizzazione dei collettori fognari nell'ambito del territorio comunale di Formia;

-per quanto possa occorrere, del bando di concorso e relativo disciplinare di gara per la parte relativa alle prescrizioni in materia di cauzione provvisoria;

nonché,

per il risarcimento del danno ingiusto

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Formia e della controinteressata;

Relatore il magistrato Giuseppe Rotondo;

Per le parti come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

Svolgimento del processo

Con atto notificato il 27 marzo 2006 e depositato il successivo 7 aprile, i ricorrenti hanno impugnato gli atti in epigrafe.

Deducono un unico, articolato motivo del gravame per violazione e falsa applicazione:

-dell'art. 30, L. 109 del 1994;

-dell'art. 9, c. 59, L. n., 415 del 1998;

-dell'art. 107, c. 4, DPR 554 del 1999;

-del D.M. n. 123 del 2004

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Formia e le controinteressate per resistere al gravame.

All'udienza del 9 giugno 2006 il ricorso è stato spedito in decisione.

#### Motivi della decisione

In limine, occorre escutere l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da entrambe le parti resistenti sul presupposto della tardività del gravame rispetto all'impugnativa del bando contenente clausole assertivamente di immediata lesività, quale quella relativa alla allegazione di una dichiarazione di impegno al rilascio della cauzione definitiva con una durata "specificata".

Per esaminare funditus tale eccezione non si può che prendere le mosse dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 23 gennaio 2003, ove si affrontano compiutamente le questioni concernenti la portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva.

Condividendo l'avviso espresso dalla sezione remittente, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. Tuttavia, precisa l'Adunanza, non può essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale.

Tutto ciò discende pianamente dai principi generali che richiedono che sia l'interesse sostanziale (a tutela del quale si agisce) sia l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità. Tali interessi devono, cioè, essere propri del soggetto ricorrente e devono avere riferimento ad una fattispecie già perfezionatasi; diversamente, infatti, si sarebbe di fronte ad interessi meramente potenziali.

A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare. D'altra parte, prosegue l'Adunanza, ove l'esito negativo della procedura concorsuale dovesse effettivamente verificarsi, l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso, non opererà nel senso di rinnovare (con l'atto applicativo) una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta ed attuale (ed in questo senso, la provocherà per la prima volta) una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine (per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento) a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva.

Appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivano requisiti di partecipazione, non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizione di ledere

immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale.

Clausole così caratterizzate riguardano, in primo luogo, requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti alla gara o al concorso. Val quanto dire, dunque, che esse afferiscono direttamente ed immediatamente ai soggetti stessi - e non, come nel caso di specie, le loro offerte o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara (quale, appunto, la dichiarazione di impegno al rilascio di una cauzione dalla durata specificata) - e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi.

Esse fanno pure riferimento ad una situazione (di norma, una situazione di fatto) che è preesistente rispetto al bando, e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti, e non richiede valutazioni o verificazioni particolari. Sotto questo profilo, non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come è avvenuto nel caso di specie; o come, generalmente, avviene nel caso della valutazione dell'anomalia dell'offerta), ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.

L'Adunanza Plenaria, poi, ha ritenuto ancora opportuno ribadire l'indirizzo tradizionale, che normalmente esclude l'onere dell'immediata impugnazione del bando, nei confronti delle clausole che riguardano la composizione e il funzionamento del seggio di gara, che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica, tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia, e, infine, quelle che - come nella fattispecie in esame - definiscono gli oneri formali di partecipazione.

La Sezione condivide le argomentazioni dell'Adunanza Plenaria e conclude nel senso che non sussisteva, nel caso in esame, un onere di immediata impugnativa, in parte qua, del bando di gara non afferendo la clausola in questione ai requisiti soggettivi di partecipazione.

In punto di ammissibilità del ricorso, il Collegio rileva che neppure parte ricorrente era onerata di notificare il ricorso introduttivo alle aggiudicatrici (in associazione temporanea di imprese) movendosi l'impugnativa avverso l'atto di esclusione dalla gara nei cui confronti, notoriamente, non sono (ancora) individuabili soggetti controinteressati.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Merita condivisione la censura con la quale i ricorrenti (in costituenda ATI) hanno contestato all'amministrazione civica il fatto che illegittimamente questa li avrebbe esclusi dalla gara per non aver presentato la dichiarazione, di un Istituto bancario ovvero di una Compagnia assicurativa, integrativa della cauzione provvisoria contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante "valida fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori".

La lettera di invito prevedeva tale adempimento al punto 8, lett. b), nonché al punto 7 del disciplinare di gara.

I ricorrenti sostengono che la dichiarazione di impegno assunta dal fideiussore per la costituzione della garanzia definitiva è conforme allo Schema polizza-tipo approvato con D.M. 12/3/2004, n. 123.

Deve, innanzitutto, concordarsi con i ricorrenti sulla natura normativa del D.M. n. 123/2004 (atto di regolamento interministeriale) e sulla sua forza eterointegrativa (norma imperativa) del bando. La natura giuridica del decreto ministeriale recante l'approvazione degli schemi tipo di polizza fideiussoria e assicurativa è stata, infatti, affrontata, e risolta nei sensi sopra detti, dal Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza Generale del 3/6/2002, n. 1635/2002. Questa Sezione condivide l'impostazione e le conclusioni rassegnate dall'Alto Consesso.

In prosieguo, queste le considerazioni del Collegio.

Dispone l'art. 30, c. 1, L. n. 109/1994 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 fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli 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, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, e dall'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario".

Ai sensi dell'art. 100, c.2, D.P.R. n. 554/1999 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) la garanzia provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno di un fidejussore verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto o della concessione.

Recita l'art. 101, DPR 554/1999 che " La cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio e del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato".

Dispone l'art. 9, c. 59, della L. n. 415 del 1998 (Modifiche alla L. n. 109 del 1994) che "gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previste dall'articolo 30 della legge n. 109 del 1994 sono approvati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Statuisce l'art. 1 del DM 123/2004 (emanato in attuazione della prefata legge) che:

"Sono approvati gli schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli artt. 17 e 30 della L. 11/2/94, n. 109 e succ. mod. e int., e dal regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 21/12/99, n. 554.

Gli schemi di polizza tipo sono contenuti nell'allegato al presente decreto.

I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1.

A fini di semplificazione delle procedure inerenti agli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle Stazioni appaltanti le sole schede tecniche, contenute nell'allegato al presente decreto, debitamente compilate e sottoscritte dalle parti contraenti".

Lo schema tipo 1.1 – Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria – contempla all'art. 1, l'"Oggetto della garanzia". Il secondo comma dell'articolato così recita: "Il Garante si impegna

nei confronti del Contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'art. 30, comma 2, della Legge” (id est, legge n. 109/1994). L'art. 30, c. 2, della citata legge 109/1994 stabilisce che “L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo degli stessi. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, la garanzia fideiussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento”.

La scheda tecnica definitiva (scheda tipo 1.1 – Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria -) costituisce parte integrante dello Schema Tipo 1.1 di cui al D.M. 123/2004 e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato Schema tipo. “La sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello Schema Tipo”.

Osserva il Collegio, che la Scheda tipo 1.1 e la Scheda Tecnica 1.1 – eterointegrative della lex specialis del bando ed espressione di norme imperative inderogabili – abilitano i concorrenti a presentare alla stazione appaltante i (soli) relativi modelli (Scheda tecnica) debitamente compilati e sottoscritti per accettazione incondizionata delle condizioni previste nello Schema tipo. L'adempimento deve ritenersi sufficiente, per fatto di norma giuridica – lex generalis che s'impone sulla lex specialis del bando - ad assolvere correttamente gli impegni in materia di cauzione provvisoria in sede di partecipazione alla gara. Nessun ulteriore onere, infatti, viene imposto al concorrente circa l'indicazione – nella polizza di garanzia provvisoria - della durata della cauzione definitiva, così lasciandosene intendere il rinvio recettizio alla durata normativamente predeterminata nell'art. 101, DPR 554/1999.

Riprova ne è il fatto che solo nella Scheda definitiva Tecnica 1.2-bis (art. 5) - riportante i dati e le informazioni necessarie all'attivazione del reintegro della somma garantita con la garanzia fideiussoria di cui al citato Schema Tipo – viene imposto l'onere di indicare esattamente la durata della cauzione definitiva scelta dall'amministrazione tra quelle predeterminate nello Schema tipo 1.2 e nell'art. 101, D.P.R. n. 544/1999.

Ne consegue, che la cauzione provvisoria prestata dai ricorrenti è corretta siccome conforme allo Schema tipo 1.1 ed alla Scheda tecnica 1.1, entrambe eterointegrative del bando.

Resta da appurare, sotto altro profilo, se la clausola con la quale il Comune di Formia ha imposto l'onere di un ulteriore adempimento a carico dei concorrenti (dichiarazione di validità della cauzione definitiva fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori) sia o meno legittima in relazione ai canoni di esercizio della discrezionalità amministrativa in tema di gare. Tanto più che tale onere risulta assistito dalla sanzione della esclusione dalla gara.

Osserva il Collegio, che l'inosservanza di alcuni adempimenti stabiliti a pena di esclusione dal bando comporta comunque l'esclusione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Stazione appaltante o siano poste obiettivamente a garanzia della par condicio dei concorrenti (Consiglio, Sezione V n. 5843 del 15.11.2001 e n. 3870 del 30.6.2003; sez. IV n. 7380 del 15.11.2004 e n. 231 del 31.1.2005).

Nella specie, detto adempimento (dichiarazione di impegno integrativa della cauzione definitiva) non risponde ad alcuno specifico e particolare interesse dell'Amministrazione atteso che questa è sufficientemente garantita, in punto di impegno cauzionale, dalla presentazione delle schede tecniche il cui contenuto copre sia la misura della cauzione provvisoria che l'impegno futuro a valere sulla (misura della) cauzione definitiva. Richiedere alle imprese concorrenti un'ulteriore

produzione documentale, del tutto ininfluyente ai fini della garanzia, appare di inutile aggravio procedimentale e non rispondente ad un'apprezzabile utilità per l'amministrazione. Proprio perché non si tratta di un adempimento essenziale per il buon esito della procedura di gara, la sua mancanza non può comportare, dunque, l'esclusione della gara.

Neppure la mancata produzione della dichiarazione di impegno appare violare la par condicio dei concorrenti. La ratio dell'art. 30, L. n. 109 del 1994, nonché dell'art. 9, c. 59, della L. n. 415 del 1998 (recante "Ulteriori modifiche alla L. n. 109/1994"), è quella di evitare – con il rinvio agli schemi di polizza tipo – incertezze documentali ed adempitive in un settore delicato come quello delle cauzioni. Ecco perché il Legislatore ha ritenuto di eterointegrare la lex specialis con gli schemi tipo attribuendo a questi pieno valore abilitante, sostitutivo di ogni altro documento. Pare evidente, dunque, che nessun vulnus al principio di imparzialità può cogliersi nella mancata produzione della (aggiuntiva) dichiarazione per il semplice motivo che l'impegno a prestare la cauzione definitiva per la durata stabilita dalla stazione appaltante (fino a dodici mesi dalla ultimazione dei lavori) non poteva non ritenersi giuridicamente compreso nella dichiarazione riportata nell'art. 1, c. 2, dello Schema Tipo 1.1 allegato alla domanda di partecipazione alla gara.

In conclusione, per quanto sin qui rassegnato, il ricorso impugnatorio va accolto.

Va respinta, invece, la domanda risarcitoria vuoi perché con la remissione in gara (ordinanza cautelare) i ricorrenti hanno visto soddisfatto pienamente l'interesse partecipativo, strumentale al conseguimento (eventuale) del bene di vita (aggiudicazione); vuoi perché è comunque mancata, in concreto, ogni allegazione del danno in punto di *an* e *quantum debeatur* così restando la pretesa non comprovata.

La particolarità del caso esaminato costituisce giusta causa per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione staccata di Latina - accoglie, nei sensi e limiti in motivazione, il ricorso n. 322/06 meglio in epigrafe specificato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella Camera di Consiglio del 9 giugno 2006.

IL 5 LUGLIO 2006

(art.55 L. 27.4.1982 n.186)

IL DIRETTORE DI SEGRETERIA