

Gli oneri di sicurezza costituiscono una componente che confluisce nell'unitaria nozione di "importo dei lavori", assunta quale parametro legale di determinazione dell'ammontare della cauzione provvisoria

Non vanno invece comprese le spese, gli interessi ovvero non risultano giustificati gli accessori del credito.

Sintesi di Tar Sicilia – sezione di Palermo - n. 1218 del 31 luglio 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori – importo della cauzione provvisoria – deve comprendere anche gli oneri di sicurezza esclusi invece gli eventuali accessori del credito.

Esito del giudizio:

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale in epigrafe, respinge il ricorso incidentale e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati

Conseguenze operative:

La lettera della legge è oltremodo chiara nell'individuare l'importo della cauzione provvisoria, determinato in relazione all'importo dei lavori da aggiudicare, e senza alcun riferimento ad eventuali accessori del credito

La cauzione provvisoria ha la specifica funzione di indennizzare l'amministrazione per il pregiudizio subito in conseguenza dell'affidamento riposto sulla serietà dell'offerta, in misura legalmente predeterminata nel senso anzidetto, sicché un problema di spese, interessi ed accessori è di ardua configurabilità, stante l'omnicomprensività del richiamato criterio legale di commisurazione (fatte salve, naturalmente, ulteriori pretese dell'amministrazione, eccedenti tale importo, e tuttavia non assistite dalla specifica garanzia in esame).

Che la garanzia provvisoria possa essere incamerata dall'amministrazione al verificarsi del presupposto legittimante, e che essa abbia funzione riparatoria del pregiudizio subito, salvo l'eventuale maggior danno, è fuori discussione: altro è, però, ammettere l'esistenza di pretese patrimoniali ulteriori, oltre l'importo coperto da cauzione, ed altro è affermare l'obbligatoria estensione di tale cauzione a tale – indeterminato, ed indeterminabile – profilo di danno, a pena d'inammissibilità dell'offerta.

di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione II, ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

SENTENZA

Sul ricorso n. 2333/2003, sezione II, proposto da *** Vincenzo, in qualità di titolare dell'omonima ditta, rappresentato e difeso dall'avv. Caterina Giunta e dall'avv. Maria Di Liberto, ed elettivamente domiciliato presso lo studio delle stesse in Palermo, via Nunzio Morello n. 20.

CONTRO

il Comune di Canicattì, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito

E NEI CONFRONTI

FDG

della s.r.l. *** Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante pro tempore *** Laura Maria, rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto Calpona, ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Catania 42/b, presso lo studio dell'avv. Santi Migliorino,

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE

del verbale, in data 17 febbraio 2003, relativo alla gara relativa all'appalto dei lavori di sistemazione della rete fognaria di via Enrico Toti, nella parte in cui il seggio di gara ha ammesso le imprese *** s.r.l., ****1;

ove occorra, del bando di gara, relativamente all'art. 11, punto c), nel quale viene richiesta "una cauzione pari allo 0,50% dell'importo dei lavori posti a base d'asta ai sensi dell'art. 30, comma 1 bis, della l. 109/1994, così come recepita dalla l.r. 7/2002" da prestare a mezzo di fideiussione bancaria; di ogni atto connesso o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata, ed il ricorso incidentale da questa proposto;

Vista l'ordinanza cautelare n. 884/2003 emessa da questa Sezione;

Visti gli atti tutti di causa;

Designato relatore il Referendario Giovanni Tulumello;

Uditi, alla pubblica udienza dell'11 luglio 2003, i procuratori delle parti come da verbale

Ritenuto in fatto e considerato in diritto.

FATTO

1. Con ricorso notificato il 18 aprile 2003, e depositato il successivo 29 aprile, l'odierna ricorrente impugnava i provvedimenti in epigrafe indicati, deducendone l'illegittimità.

Esponendo, in particolare, la ricorrente, di aver partecipato alla gara d'appalto per l'aggiudicazione dei lavori di sistemazione della rete fognaria di Canicattì, via Enrico Toti.

Alla gara partecipavano, fra le altre, le imprese *****

Ad avviso della ricorrente queste imprese, che avevano presentato una cauzione fideiussoria di importo pari ai lavori soggetti a ribasso, ma non comprensiva degli oneri di sicurezza, avrebbero dovuto essere escluse.

L'appalto veniva quindi aggiudicato all'odierna controinteressata, a seguito di sorteggio fra l'offerta da questa presentata e l'offerta dell'odierna ricorrente, avendo entrambe proposto la percentuale di ribasso del 16,11%.

L'odierna ricorrente rappresentava allora le proprie censure sia al seggio di gara, che all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Quest'ultima, con nota del 9 aprile 2003, specificava che, ai fini della determinazione dell'ammontare della cauzione, l'importo dei lavori costituisce una "entità unitaria alla quale vengono ragguagliati gli oneri di sicurezza e pertanto è su tale importo che deve essere calcolata la cauzione provvisoria."

Avverso i provvedimenti gravati l'odierna ricorrente proponeva quindi ricorso giurisdizionale, nel quale deduceva violazione e falsa applicazione dell'art. 30 della legge 109/1994 e della l.r. 7/2002.

Si costituiva in giudizio l'impresa controinteressata, con ricorso incidentale depositato il 16 maggio 2003, con il quale ha chiesto annullarsi il verbale di gara del 17 febbraio 2003 (impugnato già in via principale), limitatamente alla parte in cui ha disposto l'ammissione della ricorrente principale alla gara d'appalto per cui è causa, in relazione al fatto che la cauzione provvisoria da questa presentata non comprendeva interessi, spese ed accessori sulla quota dello 0,50% dell'importo dei lavori a base d'asta.

Deduceva infatti la controinteressata, nel ricorso incidentale, che l'ammissione di una simile offerta avrebbe comportato violazione e falsa applicazione dell'art. 30 della l. 109/1994, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea valutazione di documenti.

In data 26 maggio 2003 la controinteressata depositava altresì controricorso, con il quale resisteva al ricorso principale.

Con ordinanza collegiale 884/2003, questo Tribunale amministrativo regionale accoglieva la domanda di sospensione cautelare degli effetti del provvedimento impugnato, ritenendo i motivi di censura supportati da un sufficiente *fumus boni iuris*, tale da indurre ad una ragionevole previsione sull'esito favorevole del ricorso.

Il ricorso era trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell'11 luglio 2003.

DIRITTO

1. Deve essere esaminato con priorità logica il ricorso incidentale, il quale ha carattere c.d. paralizzante [ciò che accade "allorché ... il ricorrente principale contesti l'aggiudicazione in favore del controinteressato e quest'ultimo faccia valere in via incidentale una causa di esclusione a carico dello stesso ricorrente principale": (C.G.A. per la Regione Sicilia, 15 maggio 2001, n. 205)], in quanto investe profili involgenti la legittimità della partecipazione alla gara della ricorrente in via principale, e riguarda quindi una condizione dell'azione (l'interesse della ricorrente principale).

La ricorrente in via incidentale ha chiesto annullarsi il verbale di gara del 17 febbraio 2003 (impugnato già in via principale), limitatamente alla parte in cui ha disposto l'ammissione della ricorrente principale alla gara d'appalto per cui è causa, in relazione al fatto che la cauzione provvisoria da questa presentata non comprendeva interessi, spese ed accessori sulla quota dello 0,50% dell'importo dei lavori a base d'asta.

Deduce infatti la controinteressata, nel ricorso incidentale, che l'ammissione di una simile offerta comporterebbe violazione e falsa applicazione dell'art. 30 della l. 109/1994, nonché eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea valutazione di documenti.

La censura è infondata.

Anzitutto va rilevato che la lettera della legge è oltremodo chiara nell'individuare l'importo della cauzione provvisoria, determinato in relazione all'importo dei lavori da aggiudicare, e senza alcun riferimento ad eventuali accessori del credito.

In secondo luogo, la cauzione provvisoria ha la specifica funzione di indennizzare l'amministrazione per il pregiudizio subito in conseguenza dell'affidamento riposto sulla serietà dell'offerta, in misura legalmente predeterminata nel senso anzidetto, sicché un problema di spese, interessi ed accessori è di ardua configurabilità, stante l'omnicomprensività del richiamato criterio legale di commisurazione (fatte salve, naturalmente, ulteriori pretese dell'amministrazione, eccedenti tale importo, e tuttavia non assistite dalla specifica garanzia in esame).

In terzo luogo, la giurisprudenza allegata dal ricorrente incidentale a sostegno del gravame non appare conferente.

La decisione del Consiglio di Stato, priva di numero e di data, pronunciata sui ricorsi 1897/2000 e 2728/2000, afferma che la natura della cauzione provvisoria è di caparra confirmatoria, e che essa "consente all'amministrazione non solo di rivalersi immediatamente sulle somme oggetto di cauzione

che vengono incamerate, sebbene di richiedere che le venga anche risarcito il maggior danno da inadempimento”.

Analogamente, la decisione n. 873 del 2003, prodotta in massima, afferma che in caso in cui l'aggiudicatario non si presenti per la stipula del contratto egli “decade dall'aggiudicazione e la cauzione viene incamerata dall'organo preposto all'esecuzione del contratto sulla mera constatazione dell'inadempienza, ma l'incameramento non esclude la possibilità del committente di richiedere il maggior danno per la lesione patrimoniale derivatagli dal comportamento dell'aggiudicatario”.

Orbene, a parte l'isolata affermazione, contenuta nella prima delle citate decisioni, secondo la quale la cauzione provvisoria avrebbe natura di caparra confirmatoria, per il resto la giurisprudenza allegata riafferma principi noti ed incontestati, ma poco o nulla funzionali all'accoglimento della tesi della ricorrente incidentale.

Che la garanzia provvisoria possa essere incamerata dall'amministrazione al verificarsi del presupposto legittimante, e che essa abbia funzione riparatoria del pregiudizio subito, salvo l'eventuale maggior danno, è fuori discussione: altro è, però, ammettere l'esistenza di pretese patrimoniali ulteriori, oltre l'importo coperto da cauzione, ed altro è affermare l'obbligatoria estensione di tale cauzione a tale – indeterminato, ed indeterminabile – profilo di danno, a pena d'inammissibilità dell'offerta.

Il ricorso incidentale è pertanto infondato.

2. Il ricorso principale è invece fondato.

Gli oneri di sicurezza costituiscono una componente che confluisce nell'unitaria nozione di “importo dei lavori”, assunta quale parametro legale di determinazione dell'ammontare della cauzione provvisoria.

Conseguentemente, l'importo della garanzia va individuato, percentualmente, assumendo quale base di calcolo l'importo dei lavori comprensivo anche degli oneri di sicurezza.

Per tali considerazioni appare condivisibile il provvedimento, versato in atti dalla ricorrente principale, con il quale l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in data 9 aprile 2003, si è in tal senso pronunciata.

Va, pertanto, accolto il ricorso dell'Impresa *** (ricorrente principale), con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

3. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale in epigrafe, respinge il ricorso incidentale e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.-----

Condanna il Comune di Canicattì, in persona del Sindaco pro tempore, e la s.r.l. *** Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante pro tempore, in solido fra loro, alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio, liquidate in complessivi € 2.000,00 (diconsi euro duemila/00).--

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio dell'11 luglio 2003 Depositata in Segreteria addì 31.7.03

Di parere assolutamente contrario:

L'importo delle cauzioni provvisoria e definitiva va riferito al solo importo di lavori e non anche a quello comprensivo degli oneri di sicurezza (peraltro estranei all'offerta)

La base di computo delle due cauzioni non può essere diversa: la definitiva è ragguagliata al solo importo a base d'asta soggetto a ribasso, stante anche le novità introdotte dalla Legge 166/2002

Sintesi di Tar Puglia – sezione di Bari - n. 3337 dell' 11 settembre 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori – importo delle cauzioni provvisorie e definitive – non bisogna conteggiare il costo per la sicurezza -

possibile contrasto tra il bando di gara e la lettera d'invito alla gara - deve darsi prevalenza alle clausole di quest'ultima costituenti la *lex specialis* della procedura concorsuale - clausole dubbie debbono essere interpretate alla luce del *favor participationis*

Esito del giudizio:

In conclusione il ricorso in epigrafe deve essere rigettato siccome infondato e dichiarato inammissibile per difetto d'interesse il ricorso incidentale

In relazione alla **peculiarità delle questioni affrontate (SIC!)**, sussistono giusti motivi per dichiararne l'integrale compensazione tra le parti

Conseguenze operative:

Gli oneri di sicurezza sono del tutto estranei all'offerta, a garanzia della serietà della quale e dell'adempimento di stipulare il contratto secondo la medesima, è posta la cauzione provvisoria, onde non vi sono elementi logico-giuridici che consentano di ritenere che quest'ultima (al pari, come del resto è pacifico, della cauzione definitiva) debba essere ragguagliata anche all'importo degli oneri di sicurezza

Poiché l'art. 30 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, e successive modifiche ed integrazioni, sia nel testo vigente (come modificato dall'art. 7 della legge 1 agosto 2002, n. 166) sia nel testo antecedente, rapporta la misura della cauzione "...al 2 per cento dell'importo dei lavori"; e però, nel testo vigente, prevede un sistema per la determinazione della cauzione definitiva che, a differenza del precedente, è impostato a criteri di progressività in funzione proporzionale della crescita del ribasso d'asta, **onde non può dubitarsi che la cauzione definitiva sia ragguagliata al solo importo a base d'asta soggetto a ribasso**, e quindi con esclusione degli oneri per la sicurezza, costituiti da importo fisso ed eguale per tutti i concorrenti non soggetto a ribasso, essendo tanto la cauzione provvisoria quanto quella definitiva ragguagliate all'importo dei lavori, **non sarebbe logico ritenere che la base di computo**

della prima sia diversa dalla base di computo della seconda, ovvero che essa non sia rappresentata dall'importo dei lavori a base d'asta soggetti a ribasso, tenuto conto che tanto la cauzione provvisoria quanto quella definitiva assolvono a omogenee funzioni di garanzia ancorché l'una sia riferita alla serietà dell'offerta e all'adempimento dell'obbligo di stipulare il contratto e l'altra alla esecuzione del contratto, tanto da essere progressivamente svincolata in relazione allo stato di avanzamento dei lavori.

di Sonia LAZZINI