

Nuovo orientamento del Consiglio di Stato: se un bando di gara non prevede esplicitamente una disposizione contenuta nella Legge (nella specie richiesta dell'autorizzazione ministeriale alle Società di intermediazione Finanziaria per l'emissione delle cauzioni provvisorie), non è colpa delle Imprese se non hanno ottemperato, ma dell'Amministrazione che ha redatto un bando illegittimo per violazione di una norma imperativa di legge.

Sconcertante ed alquanto innovativa appare la tesi sostenuta nella decisione numero 12 dell'8 gennaio 2007 emessa dal Consiglio di Stato.

Contrariamente infatti ad una certa giurisprudenza, il supremo giudice amministrativo si dice che, non deve essere la ditta partecipante a conoscere le norme di Legge, ma l'Amministrazione ad indicarle nel bando.

Vediamo i fatti

Poteva l'amministrazione concedere un'integrazione documentale a quelle imprese che non hanno accompagnato la cauzione provvisoria emessa da una Società di intermediazione finanziari, con l'apposita (e già normata) , autorizzazione ministeriale?

<Il nodo su cui si intreccia la controversia è rappresentato dall'affermazione, condivisa dal giudice di primo grado, secondo il quale "l'Amministrazione comunale non poteva invitare le imprese, con la documentazione (polizza fideiussoria) non in regola, a produrre una nuova e diversa cauzione, stante la chiara violazione del principio della par condicio e dell'elusione del rispetto del termine di presentazione, ineludibile in sede di gara, in presenza di un'omissione sostanziale e non formale.">

la risposta affermativa dei giudici di Palazzo Spada lascia qualche perplessità...

< L'affermazione, ancorché valida sul piano teorico, tuttavia non considera, nel caso di specie, che l'errore in cui erano incorsi alcuni partecipanti alla gara ( presentazione di cauzione rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, ma non autorizzato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze) non derivò da incuria dei medesimi ma da fatto imputabile alla stazione appaltante che non aveva indicato quest'ultima condizione nel bando o nel disciplinare di gara.

**Pertanto, l'onere che grava sulla stazione appaltante di indicare con chiarezza i termini e le condizioni per la partecipazione alla gara non consente di pervenire ad una interpretazione del bando secondo la quale l'omissione sarebbe colmata, mediante un processo di eterointegrazione, con rinvio alla norma di legge ( art. 30 della legge n. 109 del 1994) che circoscrive la facoltà di rilascio di cauzioni, nell'ambito delle procedure di affidamento di lavori pubblici, ai soli intermediari finanziari autorizzati.**

**L'omissione, semmai, rende illegittimo il bando di gara per violazione di una norma imperativa di legge.**

Ed è appunto a tale illegittimità che l'Amministrazione intimata ha inteso rimediare con un atto che, sia pur sotto la veste formale della richiesta di integrazione documentale, in realtà ha la sostanza di

un atto di annullamento d'ufficio, che ha investito solo parzialmente gli atti di gara, cui, nel rispetto dei principi di economia procedimentale e di conservazione dei valori giuridici, è seguito l'invito a produrre la documentazione inizialmente non richiesta.>

Attenzione perché questa affermazione, specialmente ora con il nuovo codice degli appalti, significa che le amministrazioni pubbliche nei loro bandi, non possono e non devono trascurare nulla.....(sic!)

Ci preme ancora fare una considerazione

Siamo andati a leggere la sentenza di primo grado ed abbiamo scoperto che il verbale dell'aggiudicazione è del 14 settembre 2004; non ci è dato però di sapere la data del bando.

Ora il Decreto del presidente della repubblica 30 marzo 2004, n. 115

Criteri per il rilascio dell'autorizzazione alla prestazione, da parte di intermediari finanziari, di fidejussioni in relazione all'affidamento di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

È entrato in vigore il 20 maggio 2004!

Possibile che nessuno se ne sia accorto????????????????????????????????

Anche perché sarebbe stato impossibile per il garante avere l'autorizzazione visto che la relativa Legge era stata appena varata.....

**Quindi l'unica cosa che poteva fare l'impresa era quella di presentare un'altra cauzione emessa da un altro garante (con un costo diverso evidentemente!) , per buona pace della tutela della concorrenza e della par condicio!**

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)  
ha pronunciato la seguente  
DECISIONE

N. 12/07 REG.DEC.  
N.6523 REG.RIC.  
ANNO 2005

sul ricorso in appello n. 6523 del 2005, proposto dalla Società “\*\* Costruzioni s.r.l.”, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo della costituenda A.T.I. “\*\* Costruzioni s.r.l. – \*\* Nicola”, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Di Lieto, domiciliato presso la dottoressa Santina Murano in Roma, via Pelagio n. 1 ;

CONTRO

la signora Rosa \*\*, in proprio e nella qualità di procuratore speciale dei signori Alfredo, Carmine ed Anna \*\*, titolare dell'impresa edile "Luigi \*\*" deceduto, rappresentati e difesi dall' avv. Filippo Castaldi e Marcello Fortunato, domiciliati presso l'avvocato Lodovico Visone in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

e nei confronti

del Comune di Laviano, in persona del Sindaco e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv. Iride Pagano, domiciliato presso l'avvocato Domenico Marrazzo in Roma, via Quattro Fontane numero 149;

per la riforma

della sentenza del TAR della Campania, sezione prima di Salerno, 6 luglio 2005, numero 1119;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata;

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

Visti tutti gli atti di causa;

Relatore alla pubblica udienza del 23 giugno 2006 il Consigliere Aldo Fera;

Uditi per le parti gli avv.ti I. Pagano per se e per delega di Di lieto, F. Ferrentino per delega di F. Castaldi e M. Fortunato; come indicato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO**

Oggetto dell'appello proposto dalla "\*\*\* Costruzioni s.r.l." è la sentenza n. 1119 del 6 luglio 2005, con la quale il Tar della Campania, sezione prima di Salerno, in accoglimento del ricorso proposto dal signor Luigi \*\*, ha annullato il verbale di gara del 14.9.2004, recante aggiudicazione della gara per la realizzazione dei lavori di urbanizzazione primaria del Corso Pisacane alla costituenda A.T.I. "\*\*\* Costruzioni - \* Nicola", nonché il verbale di gara del 13.7.2004 nella parte in cui non è stata rilevata l'irregolarità dell'offerta prodotta dalla costituenda A.T.I. "\*\*\* Costruzioni - \*\* Nicola". Con la stessa sentenza, peraltro, il Tar ha respinto la domanda di risarcimento del danno nonché il ricorso incidentale dell'impresa contro interessa.

Il primo giudice motiva la propria decisione con una serie di considerazioni, che fanno perno intorno all'affermazione secondo la quale " al cospetto di un bando e del relativo disciplinare di gara non equivoci, l'Amministrazione comunale non poteva invitare le imprese, con la documentazione (polizza fideiussoria) non in regola, a produrre una nuova e diversa cauzione, stante la chiara violazione del principio della par condicio e dell'elusione del rispetto del termine di presentazione, ineludibile in sede di gara, in presenza di un'omissione sostanziale e non formale.

Da qui l'illegittimità del provvedimento impugnato dalla ricorrente con i motivi aggiunti notificati l'1 febbraio 2005, nonché l'illegittimità della successiva aggiudicazione disposta con il provvedimento impugnato con i motivi aggiunti notificati il 4 marzo 2005. "

L'appellante contesta di motivazioni contenute nella sentenza, sostenendo:

1. Violazione dell'articolo 6 della legge 241 del 1990, dell'articolo 30 della legge 109 del 1994 e dei principi in materia di regolarizzazione delle offerte (articolo 15 del decreto legislativo 358 del 1992, articolo 16 del decreto legislativo 157 del 1995). Errata interpretazione della lettera di invito, travisamento dei fatti, e erroneità della motivazione.

2. Violazione del bando di gara. Falsa applicazione dell'articolo 30 della legge 109 del 1994.

3. Violazione dell'articolo 30 della legge 109 del 1994, dell'articolo 8 del bando di gara dell'articolo 1, comma 1, paragrafo 5, del disciplinare.

Conclude quindi chiedendo l'annullamento della sentenza appellata e, per l'effetto, il rigetto del ricorso di primo grado.

E' costituita in giudizio la signora Rosa \*\*, in nome proprio e per conto degli altri contitolari dell'impresa Luigi \*\*, che controbatte le tesi avversarie e conclude per il rigetto dell'appello.

Il Comune di Laviano, costituito nel giudizio di appello, argomenta ed insiste per l'accoglimento del medesimo.

Successivamente alla costituzione della signora \*\*, l'appellante e l'amministrazione comunale hanno eccepito da carenza di interesse processuale da parte degli eredi del signor Luigi \*\* a coltivare il giudizio e, quindi, chiedono l'annullamento senza rinvio della sentenza di primo grado.

**DIRITTO**

Il ricorso proposto dalla “\*\* Costruzioni s.r.l.” , per la riforma della sentenza specificata in epigrafe, è fondato.

Non già per l’eccezione pregiudiziale secondo la quale sarebbe venuto meno l’interesse processuale della parte vittoriosa in primo grado, in quanto gli eredi del signor Luigi \*\*, costituiti nel giudizio di appello, non avrebbero i requisiti soggettivi per l’affidamento dell’appalto di cui si discute. Infatti, l’attività dell’impresa individuale del sig. Luigi \*\* è continuata nella persona dei suoi eredi, i quali, come documentato in atti hanno prima condotto la ditta con una società di fatto e successivamente hanno costituito la società “ Eredi \*\* Luigi s.a.s.”, che è subentrata nell’impresa succedendo nei rapporti attivi e passivi di cui quest’ultima era titolare. Ora, la nuova società ha ottenuto l’attestazione SOA, per cui ad oggi alcun ostacolo di ordine formale le impedirebbe di essere parte del contratto di appalto per la realizzazione dei lavori di urbanizzazione primaria del Corso Pisacane.

L’appello è, invece , fondato nel merito.

Il nodo su cui si intreccia la controversia è rappresentato dall’affermazione, condivisa dal giudice di primo grado, secondo il quale “l’Amministrazione comunale non poteva invitare le imprese, con la documentazione (polizza fideiussoria) non in regola, a produrre una nuova e diversa cauzione, stante la chiara violazione del principio della par condicio e dell’elusione del rispetto del termine di presentazione, ineludibile in sede di gara, in presenza di un’omissione sostanziale e non formale.”

L’affermazione, ancorché valida sul piano teorico, tuttavia non considera, nel caso di specie, che l’errore in cui erano incorsi alcuni partecipanti alla gara ( presentazione di cauzione rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell’elenco speciale di cui all’art. 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, ma non autorizzato dal Ministero dell’Economia e delle Finanze) non derivò da incuria dei medesimi ma da fatto imputabile alla stazione appaltante che non aveva indicato quest’ultima condizione nel bando o nel disciplinare di gara. Peraltro, l’onere che grava sulla stazione appaltante di indicare con chiarezza i termini e le condizioni per la partecipazione alla gara non consente di pervenire ad una interpretazione del bando secondo la quale l’omissione sarebbe colmata, mediante un processo di eterointegrazione, con rinvio alla norma di legge ( art. 30 della legge n. 109 del 1994) che circoscrive la facoltà di rilascio di cauzioni, nell’ambito delle procedure di affidamento di lavori pubblici, ai soli intermediari finanziari autorizzati. L’omissione, semmai, rende illegittimo il bando di gara per violazione di una norma imperativa di legge. Ed è appunto a tale illegittimità che l’Amministrazione intimata ha inteso rimediare con un atto che, sia pur sotto la veste formale della richiesta di integrazione documentale, in realtà ha la sostanza di un atto di annullamento d’ufficio, che ha investito solo parzialmente gli atti di gara, cui, nel rispetto dei principi di economia procedimentale e di conservazione dei valori giuridici, è seguito l’invito a produrre la documentazione inizialmente non richiesta.

L’appello pertanto va accolto.

Appare equo compensare, tra le parti, le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, accoglie l’appello e per l’effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 23 giugno 2006, con l’intervento dei signori:

Sergio Santoro	Presidente
Giuseppe Farina	Consigliere
Corrado Allegretta	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere estensore
Aniello Cerreto	Consigliere

L’ESTENSORE      IL PRESIDENTE

F.to Aldo Fera F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO  
F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
L' 8 gennaio 2007  
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)  
p. IL DIRIGENTE  
f.to Luciana Franchini