

Dopo l'aggiudicazione, termini perentori a discrezionalità della pa : giustificato il ritardo di presentazione della polizza definitiva se dovuto a difficoltà di terzi (ovvero della Compagnia di assicurazioni che ha emesso la provvisoria)

L'emarginata decisione, Consiglio di stato, sezione quinta, 11 luglio 2002 n. 3908, si occupa del ricorso avverso la sentenza del Tar della Basilicata, Sezione di Potenza, numero 655 del 30 luglio 2001

Nonostante l'aggiudicataria non fosse stata in grado di presentare la polizza definitiva entro i termini imposti dall'Amministrazione, per il Tar risulta del tutto legittimo il comportamento dell'amministrazione nell'aver comunque provveduto alla sottoscrizione del contratto di appalto: l'A.T.I. aggiudicataria aveva infatti tempestivamente segnalato le difficoltà incontrate nell'ottenere il rilascio della cauzione definitiva da parte della compagnia di assicurazione che aveva rilasciato la cauzione provvisoria ed il contestuale impegno a prestare cauzione definitiva in ipotesi di aggiudicazione definitiva

Il supremo giudice amministrativo condivide la relazione per la Giunta, nella quale si espone che l'A.T.I. ha prodotto oltre il termine di dieci giorni, che le era stato fissato nella richiesta dell'Amministrazione, la polizza fideiussoria per la garanzia definitiva, ma che il termine dato non si può considerare perentorio e che inoltre le giustificazioni fornite dall'impresa per il mancato adempimento sottolineano le difficoltà incontrate con la compagnia di assicurazione, che aveva rilasciato la polizza provvisoria, per la stipulazione della garanzia definitiva.

Per il principio della parità di trattamento, non ci sono dubbi secondo i giudici di Palazzo Spada, nel dover ritenere perentori i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara, ma non si può affermare la stesso per quanto concerne la fase posteriore all'aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto ove il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale, fra i due contraenti.

In tali fasi l'Amministrazione ha facoltà di determinarsi, se è stabilito a suo favore un termine (arg. ex art. 1184 cod. civ.), nel senso che può pretendere l'adempimento o decidere di consentire un suo differimento, in vista della sua convenienza, da un lato, e dell'accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per adempiere.

Poiché la norma contenuta nell'articolo 30, comma primo, della Legge 109/94 s.m.i. dispone che la fideiussione possa essere prestata solo da specifiche categorie di soggetti, è accettabile la giustificazione che l'inadempimento (o piuttosto il ritardato adempimento) è dipeso da un fatto del terzo

Inoltre, osservano i giudici del Consiglio di Stato, la determinazione in esame non viola principi non derogabili e appare altresì ispirata ad un legittimo perseguimento dell'interesse pubblico rendendo quindi legittima la possibilità da parte della pa a concedere proroghe per la prestazione della garanzia, tanto più che non si era verificata, nella specie, né un'indebita anticipata stipulazione del contratto, né un gravoso (non rilevato dall'Amministrazione, né denunciato col ricorso) ritardo nella conclusione dell'accordo contrattuale e nel successivo avvio dei lavori.

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

sul ricorso in appello n.r.g. 9019 del 2001, proposto dalla s.r.l. **** (****), quale capo gruppo A.T.I. con soc. ****, rappresentata e difesa dall'avv. Vittorio Faraone ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Angela Buccico, in Roma, via Tacito, n. 50,

contro

il Comune di Policoro, rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Modarelli e Giuseppe Franchino, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Francesco Molfese, in Roma, piazza Prati degli Strozzi, n. 30,

e nei confronti

di A.T.I. **** e s.r.l. ****, non costituita,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Basilicata, n. 655/2001, pubblicata il 30 luglio 2001,

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della parte sopra indicata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

visto il dispositivo n. 85/02 della decisione pubblicato il 12/02/2002 a norma dell'art. 23-bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dall'art. 4 della legge 21 luglio 2000, n. 205;

Designato relatore, alla pubblica udienza del 5 febbraio 2002, il consigliere Giuseppe Farina. Nessuno comparso per le parti.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Il ricorso in appello n. 9019 del 2001 è stato notificato il 23 agosto 2001 e depositato il 3 settembre.

E' chiesta la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Basilicata n. 655/2001, pubblicata il 30 luglio 2001, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento della deliberazione della Giunta municipale del Comune di Policoro n. 327 del 10 agosto 1999, di autorizzazione alla stipulazione del contratto con l'associazione temporanea d'impresa contointeressata, per l'appalto di lavori di completamento della rete idrica e fognante nel lido.

L'autorizzazione è stata data nella considerazione che, pur avendo l'A.T.I. aggiudicataria prodotto la polizza fideiussoria per la garanzia dell'esecuzione dei lavori oltre il termine di 10 giorni dalla richiesta, tuttavia questo non poteva considerarsi perentorio.

Sostiene l'appellante società che invece il termine ha carattere perentorio. A norma dell'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la cauzione è volta a garantire la buona esecuzione dei lavori e l'omessa consegna della polizza nei giorni assegnati dal Comune ha determinato la revoca dell'affidamento, con aggiudicazione dell'appalto alla società ricorrente, che segue nella graduatoria. Dagli artt. 13 e 14 del capitolato speciale si trae conferma della perentorietà in parola. Gli atti della gara devono essere interpretati letteralmente. L'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva deve essere contestuale all'offerta e quindi alla prestazione della cauzione provvisoria.

E' proposta anche domanda di risarcimento dei danni.

In vista dell'udienza di discussione, è stata prodotta memoria illustrativa.

Il Comune di Policoro, con memoria depositata il 25 settembre 2001, eccepisce l'inammissibilità del ricorso, per carenza d'interesse e difetto di legittimazione ad agire, e la sua infondatezza nel merito.

Con ordinanza in data 26 settembre 2001, è stata respinta la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

All'udienza del 5 febbraio 2002 il ricorso è stato introitato in decisione.

DIRITTO

1. La deliberazione della Giunta comunale di Policoro, impugnata in primo grado, autorizza la stipulazione del contratto per l'affidamento dell'appalto di lavori, per completamento della rete idrica e

fognante nella zona del lido, all'associazione temporanea d'impresa aggiudicataria dell'apposita gara esperita.

E' ivi espressamente condivisa la relazione per la Giunta, nella quale si espone che l'A.T.I. ha prodotto oltre il termine di dieci giorni, che le era stato fissato nella richiesta dell'Amministrazione, la polizza fideiussoria per la garanzia definitiva, ma che il termine dato non si può considerare perentorio. Vi si fa cenno anche delle giustificazioni fornite dall'impresa, circa le difficoltà incontrate con la compagnia di assicurazione, che aveva rilasciato la polizza provvisoria, per la stipulazione della garanzia definitiva.

2. L'obbligo della prestazione della garanzia per l'esecuzione dei lavori è stabilito dall'art. 30, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109. La fideiussione deve essere pari al 10 per cento dell'importo dei lavori stessi. La norma aggiunge che la mancata costituzione della garanzia determina la revoca dell'affidamento, con acquisizione della cauzione, in precedenza prestata ex comma 1 del medesimo articolo, da parte del soggetto appaltante, "che aggiudica l'appalto ... al concorrente che segue nella graduatoria".

3. Le questioni che le parti pongono sono le seguenti:

3.1. se la ricorrente, seconda graduata nella gara, abbia interesse e sia legittimata ad impugnare la deliberazione suddetta;

3.2. se sia legittima la deliberazione impugnata, in relazione alla natura del termine posto dall'Amministrazione comunale per la produzione della polizza fideiussoria.

4. Legittimazione ed interesse vanno riconosciuti. Discendono dalla previsione della norma sull'aggiudicazione al concorrente che segue, e che si è sopra esaminata.

Non ha fondamento l'osservazione del Comune resistente, circa il potere discrezionale di aggiudicare o meno, nell'ipotesi di mancata garanzia. Non sembra che la lettera della legge possa agevolmente interpretarsi nel senso indicato (il soggetto appaltante o concedente "aggiudica"). Ma si può trascurare questo approfondimento, poiché sussisterebbe, in ogni caso, l'interesse della seconda graduata ad ottenere che l'Amministrazione si pronunzi sulla questione e così stabilisca un nuovo assetto degli interessi pubblici e privati coinvolti, nei quali ultimi è da annoverare quello della stessa impresa.

5. Nel merito, la questione della natura perentoria del termine in parola e degli effetti della sua inosservanza è da porre in un ambito diverso da quello nel quale la colloca la pretesa della ricorrente.

La natura, perentoria o meno, di un termine introdotto in via amministrativa, va desunta dallo scopo che l'Amministrazione persegue, e cioè dalla funzione che lo spazio temporale concesso è destinato ad assolvere (conf. II Sez., 9 aprile 1997, n. 1634/97).

Fermo il principio del miglior perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A., nella fase posteriore all'aggiudicazione e preliminare alla stipulazione del contratto acquisisce un rilievo marginale il principio della parità di trattamento, che induce a ritenere, di norma, perentori, invece, i termini posti a carico dei concorrenti per lo svolgimento della gara. Non vi sono infatti, se non di riflesso o in via meramente consequenziale – come la norma sull'aggiudicazione al secondo graduato dimostra – posizioni di altri soggetti di rilievo pari a quello dell'aggiudicatario. Il rapporto che assume rilevanza è quello, intersoggettivo e bilaterale, fra i due contraenti, uno dei quali è già, in taluni casi, per effetto dell'aggiudicazione, obbligato. L'Amministrazione, come qualsiasi altro contraente, ha facoltà di determinarsi, se è stabilito a suo favore un termine (arg. ex art. 1184 cod. civ.), nel senso che può pretendere l'adempimento o decidere di consentire un suo differimento, in vista della sua convenienza, da un lato, e dell'accettabilità delle giustificazioni date dalla controparte sulle difficoltà insorte per

adempiere. Queste giustificazioni si possono configurare come più seriamente consistenti, quando l'adempimento dipenda dal fatto del terzo, come nella fattispecie, nella quale la fideiussione deve essere prestata soltanto da specifiche categorie di soggetti (art. 30, comma 1, l. 109/1994 citata: banche, compagnie di assicurazione, intermediari finanziari iscritti in elenchi speciali).

Nel caso in esame, non si è perciò di fronte ad un termine la cui fissazione sia stabilita a tutela di interessi che superino l'ambito limitato delle parti, come si atteggiano, di norma, quelli rinvenibili in ambito pubblicistico per ragioni di trasparenza od imparzialità dell'azione amministrativa o di tempestività o immediatezza del suo svolgimento.

Ne segue che la determinazione in esame non viola principi non derogabili e che, motivata esplicitamente con la considerazione che "sia da salvarsi il procedimento di aggiudicazione della gara, nel rispetto del principio di economicità degli atti e del procedimento amministrativo", essa appare altresì ispirata ad un legittimo perseguimento dell'interesse pubblico.

Vengono, di conseguenza, a non assumere pregio le osservazioni sulla perentorietà del termine, fatte dalla società appellante, intesa come impossibilità di concedere proroghe per la prestazione della garanzia, tanto più che non si era verificata, nella specie, né un'indebita anticipata stipulazione del contratto, né un gravoso (non rilevato dall'Amministrazione, né denunciato col ricorso) ritardo nella conclusione dell'accordo contrattuale e nel successivo avvio dei lavori.

6. Alla conferma della sentenza appellata, con le precisazioni fatte, in ordine alla legittimità della deliberazione impugnata, consegue anche la conferma della reiezione della domanda di risarcimento dei danni.

7. Vi sono motivi per compensare le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) respinge l'appello.
Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 5 febbraio 2002 DEPOSITATA IN SEGRETERIA il. 11/07/2002.