

Quanto previsto dall'art. 30 della legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 145, comma 50, della legge n. 388 del 23 dicembre 2000, in tema di apertura anche agli Intermediari Finanziari della possibilità di essere garanti negli appalti pubblici di lavori, deve essere contemplata dalla lex specialis della gara in quanto riconducibile direttamente al dettato normativo primario

Tale possibilità aveva chiaramente, efficacia condizionata alla circostanza – ancorché remota nel suo verificarsi - che, nelle more procedurali (e, in particolare, nel periodo corrente tra l'indizione della gara e la data per la presentazione dell'offerta) fosse stata introdotta la disciplina autorizzatoria in questione e fosse stato possibile, quindi, per le concorrenti, fare ricorso ad intermediari finanziari che fossero riusciti a munirsi della detta autorizzazione.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 44 dell' 11 gennaio 2006, nel confermare la sentenza di primo grado (TAR della Campania, Sezione I di Salerno, n. 1709 del 2 luglio 2004***) detta alcuni fondamentali principi in tema di fideiussioni per gli appalti pubblici di lavori, rilasciate dalla Società di intermediazione finanziaria.

Decreta infatti l'adito giudice amministrativo che:

< La disciplina di gara, invero, non è da ritenere illegittima; essa contempla più forme alternative di cauzione provvisoria: versamento in contanti o in titoli di debito pubblico, fideiussione bancaria o “polizza rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.....”).

Tale ultima modalità non poteva non essere contemplata dalla lex specialis della gara in quanto riconducibile direttamente al dettato normativo primario di cui al citato art. 30 della legge n. 109/1994; non di meno, essa aveva, chiaramente, efficacia condizionata alla circostanza – ancorché remota nel suo verificarsi - che, nelle more procedurali (e, in particolare, nel periodo corrente tra l'indizione della gara e la data per la presentazione dell'offerta) fosse stata introdotta la disciplina autorizzatoria in questione e fosse stato possibile, quindi, per le concorrenti, fare ricorso ad intermediari finanziari che fossero riusciti a munirsi della detta autorizzazione>

Ed inoltre:

< Quanto, infine, all'eccezione di illegittimità costituzionale sollevata nei confronti della disciplina di cui al citato art. 145, comma 50, della legge finanziaria per il 2001, la stessa è manifestamente infondata in quanto costituisce legittimo esercizio della discrezionalità legislativa la previsione della emanazione di un'apposita disciplina regolamentare esecutiva volta a disciplinare una fattispecie normativa individuata dallo stesso legislatore, subordinando l'efficacia di quest'ultima all'entrata in vigore della norma regolamentare stessa; se, poi, tale disciplina regolamentare non viene emanata, ciò può involgere la responsabilità politico-istituzionale del Governo, ma non incidere certamente sulla legittimità delle norme>

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA N.44/06 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 10995 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 10995/2004, proposto dalla società LONGO DAMIANI s.a.s di NICOLA LONGO & C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio e Maria Antonietta BARRA, con domicilio eletto in Roma, via Eudo Giulioli 47/B/17, presso il sig. Giuseppe MAZZITELLI,

contro

la società IOTA RESTAURO s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio,

e nei confronti

del Comune di ROCCABASCERANA, in persona del Sindaco p.t., non costituitosi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR della Campania, Sezione I di Salerno, n. 1709 del 2 luglio 2004;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

vista la memoria prodotta dall'appellante a sostegno delle proprie difese;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, alla pubblica udienza del 28 giugno 2005, il Cons. Paolo BUONVINO;

nessuno è comparso per le parti.

visto il dispositivo n. 420 del 30 giugno 2005.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

1) - È impugnata la sentenza con cui il TAR ha accolto il ricorso proposto dalla società Iota Restauro s.r.l. per l'annullamento degli atti relativi ad un gara d'appalto di lavori indetta dal Comune di Roccabascerana, in particolare nella parte in cui le società Edil Castello s.r.l. e l'impresa edile Longo Damiano s.a.s. sono state ammesse a partecipare.

Il TAR ha annullato gli atti impugnati e, quindi, anche l'ammissione alla gara delle due predette imprese.

2) - Per l'appellante – originaria aggiudicataria della gara – la sentenza sarebbe erronea in quanto i primi giudici avrebbero dovuto pronunciare l'illegittimità della clausola del bando di gara che, ad avviso della stessa deducente, sarebbe stata, a sua volta, illegittima in quanto, in violazione della disciplina primaria, avrebbe consentito alle concorrenti di avvalersi di cauzioni rilasciate da intermediari finanziari non autorizzati.

Non si sono costituite in giudizio le parti appellate.

Con memoria conclusionale l'appellante ribadisce i propri assunti difensivi.

DIRITTO

1) - È impugnata la sentenza con cui il TAR ha accolto il ricorso proposto dalla società Iota Restauro s.r.l. per l'annullamento del verbale redatto dalla commissione esaminatrice nella seduta del 10 settembre 2003 nella parte in cui le società Edil Castello s.r.l. e l'impresa edile Longo Damiano s.a.s. sono state ammesse a partecipare al pubblico incanto indetto dal comune di Roccabascerana per l'affidamento dei lavori di restauro e consolidamento conservativo del campanile dei SS. Giorgio e Leonardo e sistemazione dell'area contigua e della determinazione di aggiudicazione provvisoria in favore della impresa Longo Damiano s.a.s., nonché del bando di gara se interpretato nel senso di consentire l'ammissione alle concorrenti che abbiano presentato fidejussioni rilasciate da intermediari finanziari sprovvisti di autorizzazione ministeriale.

Il TAR ha annullato gli atti impugnati e, quindi, anche l'ammissione alla gara delle due predette imprese (entrambe notificatarie dell'originario ricorso, sebbene la Edil Castello s.r.l. non sia stata indicata nell'epigrafe della sentenza appellata), avendo ritenuto fondato il motivo principale di ricorso (relativo alla contestata ammissione alla gara delle due predette imprese per avere presentato una cauzione rilasciata da un intermediario finanziario non autorizzato) e avendo, invece, assorbito ogni ulteriore censura.

2) - Per l'appellante – originaria aggiudicataria della gara – la sentenza sarebbe erronea in quanto i primi giudici avrebbero dovuto pronunciare l'illegittimità della clausola del bando di gara che, ad avviso della stessa deducente, sarebbe stata, a sua volta, illegittima in quanto, in violazione della disciplina primaria, avrebbe consentito alle concorrenti di avvalersi di cauzioni rilasciate da intermediari finanziari non autorizzati.

L'appello è infondato.

3) - La ricorrente in primo grado ha impugnato, principalmente, il provvedimento di ammissione in gara della controinteressata, odierna appellante, nel presupposto che l'ammissione stessa non fosse conforme a quanto previsto dall'art. 30 della legge n. 109/1994, come modificato dall'art. 145, comma 50, della legge n. 388 del 23 dicembre 2000; solo in subordine ha impugnato la stessa disciplina di gara se e in quanto da interpretare nel senso dell'ammissibilità alla gara stessa di imprese avvalentisi di cauzione rilasciata da parte di intermediari finanziari privi dell'autorizzazione ministeriale di cui all'art. 30 della legge n. 109/1994.

Il TAR si è pronunciato sul primo di detti motivi e lo ha accolto, mentre ha assorbito ogni ulteriore censura.

Per l'appellante, aggiudicataria della gara e controinteressata soccombente in primo grado, la sentenza sarebbe erronea in quanto il TAR avrebbe dovuto comunque procedere all'annullamento della lex specialis della gara perché recante la previsione (ancorché illegittima) di ammissione alla gara di concorrenti munite di cauzioni rilasciate da intermediari finanziari privi della detta autorizzazione; a tale annullamento avrebbe dovuto fare seguito la rinnovazione della gara, che è, comunque, nell'interesse dell'appellante.

4) - La censura è priva di consistenza.

La disciplina di gara, invero, non è da ritenere illegittima; essa contempla più forme alternative di cauzione provvisoria: versamento in contanti o in titoli di debito pubblico, fideiussione bancaria o “polizza rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell’elenco speciale di cui all’art. 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.....”).

Tale ultima modalità non poteva non essere contemplata dalla lex specialis della gara in quanto riconducibile direttamente al dettato normativo primario di cui al citato art. 30 della legge n. 109/1994; non di meno, essa aveva, chiaramente, efficacia condizionata alla circostanza – ancorché remota nel suo verificarsi - che, nelle more procedurali (e, in particolare, nel periodo corrente tra l’indizione della gara e la data per la presentazione dell’offerta) fosse stata introdotta la disciplina autorizzatoria in questione e fosse stato possibile, quindi, per le concorrenti, fare ricorso ad intermediari finanziari che fossero riusciti a munirsi della detta autorizzazione.

La gara in questione è stata bandita, del resto, sulla base della disciplina di cui alla stessa legge n. 109/1994, che, con il citato art. 30, consente la presentazione di cauzioni rilasciate da intermediari finanziari solo in quanto muniti della detta autorizzazione.

Poiché la disciplina di gara doveva essere interpretata in conformità con la legge di settore, correttamente il TAR, nell’accogliere il ricorso, ha disposto l’esclusione dell’odierna appellante dalla gara; la stessa appellante, del resto, non contesta le conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici in merito all’esigenza che gli intermediari finanziari, per potere rilasciare le cauzioni di cui si tratta, utili ai fini della partecipazione alle pubbliche gare d’appalto, dovessero essere preventivamente muniti dell’autorizzazione ministeriale anzidetta.

E, del resto, la medesima odierna deducente non si è gravata, in primo grado, in via incidentale per ottenere l’annullamento della norma di gara disciplinante la presentazione delle cauzioni; con la conseguenza che non potrebbe comunque reclamare per la prima volta in appello la rimozione della disciplina di gara stessa al fine di conseguire l’annullamento delle operazioni concorsuali (né, a tutto concedere, la medesima ha invocato il beneficio dell’errore scusabile e, quindi, la possibilità di essere rimessa in termine ai fini della partecipazione alla gara, previa produzione, a integrazione dell’offerta, di una nuova, legittima cauzione).

5) - Quanto, infine, all’eccezione di illegittimità costituzionale sollevata nei confronti della disciplina di cui al citato art. 145, comma 50, della legge finanziaria per il 2001, la stessa è manifestamente infondata in quanto costituisce legittimo esercizio della discrezionalità legislativa la previsione della emanazione di un’apposita disciplina regolamentare esecutiva volta a disciplinare una fattispecie normativa individuata dallo stesso legislatore, subordinando l’efficacia di quest’ultima all’entrata in vigore della norma regolamentare stessa; se, poi, tale disciplina regolamentare non viene emanata, ciò può involgere la responsabilità politico-istituzionale del Governo, ma non incidere certamente sulla legittimità delle norme.

6) - Per tali motivi l’appello in epigrafe appare infondato e, per l’effetto, deve essere respinto.

Spese del grado compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, respinge l’appello indicato in epigrafe.

dell'avv. Pasquale Rocco alla via Papio n. 35, nonché nei confronti della Edil Castello srl. non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del verbale redatto dalla commissione esaminatrice nella seduta del 10/9/03 nella parte in cui le società Edil Castello srl. e l'impresa edile Longo Damiano sas. sono state ammesse a partecipare al pubblico incanto indetto dal comune di Roccabascerana per l'affidamento dei lavori di restauro e consolidamento conservativo del campanile di SS. Giorgine Leonardo e sistemazione dell'area contigua e della determinazione di aggiudicazione provvisoria in favore della impresa Longo Damiano, nonché del bando di gara se interpretato nel senso di consentire l'ammissione alle concorrenti che abbiano presentato fideiussioni rilasciate da intermediari finanziari sprovvisti di autorizzazione ministeriale;

VISTO il ricorso con gli atti e documenti allegati;

VISTI i motivi aggiunti proposti avverso la determinazione dirigenziale n. 170 del 14/11/03 di aggiudicazione definitiva;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio del comune intimato e della controinteressata Longo Damiano sas.;

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

VISTI tutti gli atti della causa;

RELATORE alla pubblica udienza del 18/3/04 il Dott. Filippo Portoghese e uditi altresì gli avv.ti presenti come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato il 17/11/03 e depositato il 20/11 successivo, la srl. IOTA RESTAURO ha impugnato i provvedimenti specificati in epigrafe.

Ha premesso di aver partecipato ad una procedura concorsuale bandita dal comune di Roccabascerana per l'affidamento dei lavori di restauro e consolidamento conservativo del campanile di SS. Giorgine Leonardo e sistemazione dell'area contigua, presentando apposita polizza fideiussoria rilasciata da istituto bancario.

Ha aggiunto che due imprese, di cui una risultata aggiudicataria, sarebbero state illegittimamente escluse, sia perché le rispettive offerte sono pervenute successivamente al termine perentorio stabilito dalla lex specialis, sia perché hanno presentato una fideiussione rilasciata dall'Istituto Finanziario Mediterraneo, privo della prescritta autorizzazione.

Ha precisato che senza questa illegittimità la stessa sarebbe risultata aggiudicataria.

Ha dedotto i seguenti motivi: 1) violazione dell'art. 30 della L. n. 109/94, del DPR. n. 554/1999, della L. n. 388/2000, del D.Lgs. n. 385/1993, della L. n. 241/1990 e degli artt. 3 e 97 Cost. ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti in quanto la fideiussione presentata dalle

controinteressata non sarebbe valida; 2) violazione della lex specialis e degli artt. 3 e 97 Cost. ed eccesso di potere per difetto dei presupposti in quanto le offerte delle controinteressate sarebbero pervenute tardivamente.

Con motivi aggiunti, notificati il 14/1/04 e depositati il 19/1 successivo, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, deducendo il vizio di illegittimità derivata.

Si sono costituiti in giudizio sia il comune intimato che la controinteressata sas. Longo Damiano, i quali si sono opposti all'accoglimento del gravame.

DIRITTO

In via preliminare va esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso, sollevata dalla controinteressata, perché proposto tardivamente.

L'eccezione è prova di pregio.

Invero, il verbale impugnato è stato redatto in data 10/9/2003, con la conseguenza che il termine per proporre impugnativa, tenuto conto della sospensione feriale, decorreva dal 16/9 successivo; e poiché il ricorso è stato inoltrato per la notifica a mezzo posta il 12/11/2003, risulta tempestivo.

Erroneamente la resistente fa riferimento alla data del 17/11/03, e cioè alla data di effettiva ricezione per mezzo del servizio postale, in base ad un recente e consolidato indirizzo giurisprudenziale in base al quale "la notifica eseguita a mezzo del servizio postale, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 477 del 2002, che ha dichiarato l'illegittimità del combinato disposto degli artt. 149 c.p.c. e dell'art. 4, comma 3, della legge n. 890 del 1982, si perfeziona, per il notificante, non più dal momento della ricezione dell'atto da parte del destinatario ma da quello, precedente, della consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario" (Cassaz. Civ. sez. lav. n. 12041 del 9/8/2003); in altri termini, "A seguito della sentenza della Corte cost. 26 novembre 2002 n. 477, la quale, con riferimento all'art. 4 della legge n. 890 del 1982 sulle notificazioni a mezzo posta, ha affermato il principio - valevole in ogni caso come regola ermeneutica - secondo il quale gli effetti della notificazione debbono essere ricollegati, per quanto riguarda il notificante, al solo compimento delle formalità a lui direttamente imposte dalla legge (essendo l'attività degli organi della notificazione sottratti alla sua sfera di disponibilità), deve affermarsi che, anche nel caso previsto dall'art. 8 legge cit., gli effetti della notificazione, per il notificante, si producono dal compimento delle formalità a lui imposte dalla legge (Cassaz. Civ. sez. I n. 10844 del 10/7/03).

Nel merito, si appalesa fondato il primo motivo di ricorso, con cui si lamenta che sono state ammesse alla gara due imprese che avevano presentato la prescritta polizza fideiussoria rilasciata dall'Istituto Finanziario Mediterraneo, privo della autorizzazione ministeriale.

Al riguardo evidenziano le resistenti che l'Istituto in parola è iscritto nell'elenco speciale ex art. 107 del D.Lgs. n. 385/93, e che nessun intermediario finanziario è ancora in possesso della prescritta autorizzazione ex art. 30 della L. n. 109/1994.

Tali argomentazioni non possono essere condivise.

Invero, l'art. 30 -1° comma- della L. n. 109/1994 dispone testualmente: "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 D.Lgs. n.

385/1993, 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”.

Come si vede, la norma è chiara nell'imporre un duplice requisito: l'iscrizione nell'elenco speciale, e l'autorizzazione ministeriale.

D'altronde, la giurisprudenza ha già interpretato in tal senso la disposizione in parola, attenendosi alla nota dell'Autorità per la vigilanza sui LL.PP. –settore affari giuridici- n. 551107 del 16/10/03, in base alla quale fino alla definizione dei criteri per il rilascio delle autorizzazioni in parola non è possibile dare compiuta attuazione al disposto dell'art. 145 –comma 50- della L. n. 388/200 (che ha modificato l'art. 30 della L. n. 109/1994), chiarendo che la norma ha voluto previsto per gli intermediatori finanziari un regime particolare che richiede l'intervento del Ministero del Tesoro in funzione di certificazione delle caratteristiche funzionali di detti operatori economici (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3716 del 6/7/02).

Pertanto il ricorso va accolto, assorbita ogni ulteriore censura.

Si ravvisano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione di Salerno- accoglie il ricorso proposto dalla srl. IOTA RESTAURO e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari di lite.

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

Così deciso in Salerno, nella Camera di Consiglio del 18/3/04;

dott. ALESSANDRO FEDULLO - Presidente

dott. FILIPPO PORTOGHESE - Consigliere est.