

L'importo della cauzione provvisoria deve tener conto anche degli oneri per la sicurezza i quali, ancorché non soggetti a ribasso d'asta, rappresentano un costo che si aggiunge al prezzo dell'appalto, sicché il 2% dell'importo in garanzia va calcolato sul costo complessivo dell'appalto

In tema di diversa funzione della cauzione provvisoria rispetto a quella definitiva, merita di segnalare quanto sancito dal Tar Campania, Salerno, con la sentenza numero 724 del 4 giugno 2007:

<La materia delle garanzie e delle coperture assicurative trova la sua base normativa nella legge quadro per i lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 e in particolare nell'art. 30.

L'interpretazione di questa norma è pervenuta da tempo a conclusioni stabili che mettono in evidenza la diversa funzione della garanzia provvisoria da quella della garanzia definitiva nella tecnica delle gare d'appalto.

La garanzia provvisoria, da presentare insieme all'offerta per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici (art. 30, comma 1) copre il rischio della mancata aggiudicazione dei lavori per fatto dell'aggiudicatario ed è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione.

Essa quindi svolge una funzione dissuasiva, volta garantire, fin dalla partecipazione alla gara, la piena affidabilità tecnica e finanziaria dell'offerta.

La garanzia fideiussoria definitiva, prevista dal comma 2 dell'art. 30, inversamente proporzionata ai ribassi d'asta, ha la funzione di garantire comunque gli eventuali oneri a carico della stazione appaltante per un inesatto o parziale adempimento degli obblighi contrattuali assunti con l'aggiudicazione definitiva : essa cessa di operare solo con il collaudo certificato dell'opera. In questo meccanismo funzionale, nel momento in cui si presenta la domanda di partecipazione alla gara, accanto alla garanzia provvisoria deve esservi, opportunamente documentato, l'impegno preventivo e formale di un soggetto abilitato a sottoscrivere la garanzia fideiussoria definitiva in caso di aggiudicazione>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. I di Salerno, composto dai signori magistrati: ANNO 2007

Dott. Filippo Portoghese Presidente

Dott. Ferdinando Minichini Consigliere

Dott. Francesco Gaudieri Consigliere, relatore

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Sul ricorso R. g. n. 2345/2004 proposto da DITTA ALFA S.r.l.,

Contro

Il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del Ministro, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Salerno presso cui opera domicilio al Corso Vittorio Emanuele n. 58

Soprintendenza Archeologica per le Province di Salerno Avellino e Benevento,

e nei confronti della

DITTA BETA s.r.l.,

per l'annullamento

degli atti emanati nel corso dell'espletamento della gara ad invito di cui al prot. n. 6807/65 del 5 maggio 2004 indetta dal Ministero per i beni e le attività culturali, aventi ad oggetto la richiesta di un'offerta per la fornitura e posa in opera di attrezzature per il laboratorio di restauro della sede della Soprintendenza presso l'ex Convento di San Felice in Benevento e segnatamente :

- del verbale di aggiudicazione provvisoria dell'1.6.2004 recante esclusione dalla gara della ditta CTS; nonché l'ammissione della ditta DITTA BETA nonostante le rilevate difformità della certificazione C.C.I.A. e l'aggiudicazione provvisoria a quest'ultima della gara;

- dell'aggiudicazione definitiva, se intervenuta;

- di ogni atto connesso ed in particolare della nota 7401/6S del 17.5.2004, nella parte in cui comunica che l'importo a base d'asta è di euro 55.024,03, oltre IVA, comprendente gli oneri della sicurezza: nonché

per il risarcimento del danno ingiusto.

* * *

Visto il ricorso con gli atti e documenti allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata Amministrazione ministeriale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 15 marzo 2007 il consigliere dott. Francesco Gaudieri e uditi altresì, per la parte, gli avvocati difensori presenti come da processo verbale di udienza.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto e Diritto

1.- Con atto notificato il 28 luglio 2004, depositato il successivo 4 agosto, la ditta DITTA ALFA S.r.l., premesso di essere stata invitata dal Ministero per i beni e le attività culturali, per il tramite della Soprintendenza Archeologica per le province di Salerno Avellino e Benevento, a partecipare alla gara per la fornitura e posa in opera di attrezzature per il laboratorio di restauro della sede della Soprintendenza presso l'ex Convento di San Felice in Benevento, impugna gli atti in epigrafe meglio specificati, recanti esclusione dalla gara della ditta ricorrente ed aggiudicazione all'altra ditta partecipante DITTA BETA s.r.l., chiedendone l'annullamento per violazione di legge ed eccesso di potere sotto concorrenti e plurimi profili.

2.- Contestata la lite, si è costituita in giudizio per resistere l'amministrazione ministeriale chiedendo il rigetto della domanda perché inammissibile ed infondata.

Non risulta costituita in giudizio la ditta controinteressata.

3.- L'istanza di sospensione incidentale è stata respinta con ordinanza cautelare n. 1084/04 del 26 agosto 2004, confermata dal Consiglio di Stato Sez. VI con ordinanza n. 5086/04 del 3 dicembre 2004.

4.- Alla pubblica udienza del 15 marzo 2007, sulla conclusione delle parti, il Collegio si è riservata la decisione.

5.- Il ricorso è in parte, infondato ed in parte inammissibile, per le considerazioni che seguono.

5.a.- E' controversa nel presente giudizio la legittimità degli atti con i quali la resistente Amministrazione ministeriale ha escluso dalla gara per la fornitura e posa in opera di attrezzature per il laboratorio di restauro della sede della Soprintendenza presso l'ex Convento di San Felice in Benevento la ditta ricorrente "per aver presentato una fideiussione di importo inferiore al 2% dell'importo dei lavori (costituito dall'importo a base d'asta aumentato degli oneri per la sicurezza), così come disposto per legge e previsto nella lettera d'invito": in definitiva, la ricorrente ha calcolato l'importo della cauzione soltanto sull'importo a base d'asta e non sull'importo dei lavori comprensivo degli oneri della sicurezza.

Il primo gruppo di censure (1, 1.1., e 1.2) sono rivolte avverso l'esclusione della ricorrente.

Il secondo gruppo di censure (2° e 3°) sono rivolte avverso l'aggiudicazione provvisoria della gara alla controinteressata DITTA BETA s.r.l.

Con il primo motivo di ricorso lamenta violazione della normativa prevista in materia di aggiudicazione di gara e delle regole fissate dalla P.A.; eccesso di potere e violazione dell'art. 30 l. n. 109/94 nonché dell'art. 8, comma 11 quater, l. n. 109/94: la deducente assume, cioè, sulla scorta della comunicazione ministeriale del 24 maggio 2004 prot. n. 7755/65 che "l'importo degli oneri per la sicurezza relativa ai lavori di messa in opera... è escluso dall'importo a base d'asta"; che l'importo della fideiussione, per le imprese alle quali venga rilasciata dagli organismi competenti, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO deve essere ridotta del 50%, per cui la deducente doveva garantire soltanto un importo pari all'1% dell'importo a base d'asta.

5.b.- La giurisprudenza amministrativa ha chiarito da tempo la diversità della funzione cui assolvono la cauzione provvisoria e la cauzione definitiva.

Basterà ricordare Cons. St. Sez. II 25 maggio 2005 n. 3696/2003 : “la materia delle garanzie e delle coperture assicurative trova la sua base normativa nella legge quadro per i lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109 e in particolare nell’art. 30. L’interpretazione di questa norma è pervenuta da tempo a conclusioni stabili che mettono in evidenza la diversa funzione della garanzia provvisoria da quella della garanzia definitiva nella tecnica delle gare d’appalto. La garanzia provvisoria, da presentare insieme all’offerta per l’affidamento dell’esecuzione dei lavori pubblici (art. 30, comma 1) copre il rischio della mancata aggiudicazione dei lavori per fatto dell’aggiudicatario ed è restituita entro trenta giorni dall’aggiudicazione. Essa quindi svolge una funzione dissuasiva, volta a garantire, fin dalla partecipazione alla gara, la piena affidabilità tecnica e finanziaria dell’offerta. La garanzia fideiussoria definitiva, prevista dal comma 2 dell’art. 30, inversamente proporzionata ai ribassi d’asta, ha la funzione di garantire comunque gli eventuali oneri a carico della stazione appaltante per un inesatto o parziale adempimento degli obblighi contrattuali assunti con l’aggiudicazione definitiva : essa cessa di operare solo con il collaudo certificato dell’opera. In questo meccanismo funzionale, nel momento in cui si presenta la domanda di partecipazione alla gara, accanto alla garanzia provvisoria deve esservi, opportunamente documentato, l’impegno preventivo e formale di un soggetto abilitato a sottoscrivere la garanzia fideiussoria definitiva in caso di aggiudicazione. La garanzia definitiva, per la sua funzione strutturale relativa alla copertura dei rischi di inadempimento in fase di esecuzione del contratto, può essere costituita solo e soltanto da una polizza fideiussoria...”.

Discende pianamente dalla lettura della ricostruzione operata dal Consiglio di Stato che la tesi della ricorrente circa la possibilità di prestare, in sede di gara, una cauzione limitata all’importo dei lavori, senza includere anche l’importo relativo agli oneri per la sicurezza, è infondata.

Depone in senso risolutivo ad affossare la tesi attorea la circostanza che “...accanto alla garanzia provvisoria deve esservi, opportunamente documentato, l’impegno preventivo e formale di un soggetto abilitato a sottoscrivere la garanzia fideiussoria definitiva in caso di aggiudicazione...”.

Se fosse esatta la tesi attorea, l’impegno presente e futuro del fideiussore sarebbe limitato al solo importo dei lavori a base d’asta, espungendo da tale garanzia, immotivatamente ed inopportuno, gli oneri per la sicurezza quasi come se quest’ultima voce del quadro progettuale fosse secondaria ed irrilevante nonchè sussumibile tra i costi eventualmente ricadenti sull’Amministrazione, laddove essa, al contrario, in quanto afferente all’ordinato impianto del cantiere ed alla sicurezza delle maestranze utilizzate, rientra necessariamente e globalmente nel fascio delle obbligazioni dell’imprenditore con una pienezza tale che i suoi costi non risultano suscettibili di essere in alcun modo incisi o limitati, ma devono essere assistiti da un preciso impegno fideiussorio “fin dalla partecipazione alla gara” in modo da garantire “la piena affidabilità tecnica e finanziaria dell’offerta” intesa quest’ultima nella sua totalità.

La suesposta interpretazione che include, ai fini del calcolo della cauzione provvisoria (e di quella definitiva) non solo l’importo a base d’asta ma anche gli oneri per la sicurezza, è condivisa anche dallo stesso Consiglio di Stato che, nella presente vicenda, sia pure in sede di sommaria deliberazione, entrando nel merito della questione dedotta, ha puntualizzato con la sovra menzionata ordinanza cautelare (n. 5806/04 del 3 dicembre 2004), che : “gli oneri per la sicurezza, ancorché non soggetti a ribasso d’asta, rappresentano un costo che si aggiunge al prezzo dell’appalto, sicchè la cauzione provvisoria va calcolata sul costo complessivo dell’appalto, comprensivo del prezzo e degli oneri di sicurezza”.

5.b.1 – Quanto, infine, all’invocata previsione di cui all’art. 8, comma 11 quater lett. b) l. 109/94 - e cioè che l’importo della fideiussione per le imprese, alle quali venga rilasciata dagli organismi competenti, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN

ISO deve essere ridotta del 50%, per cui la deducente doveva garantire soltanto un importo pari all'1% dell'importo a base d'asta - è appena il caso di osservare che, giusta indicazione emergente dalla superiore ordinanza cautelare ("non risulta comprovata dagli atti di causa la deduzione di parte appellante di avere titolo a prestare la cauzione provvisoria nella misura dell'1%"), effettivamente l'interessato non ha provato di versare nelle condizioni rappresentate, nei modi previsti dall'art. 4, comma 3, del DPR n. 34/2000, così come chiarito anche dalla decisione del C.G.A. 18 aprile 2006 n. 144, che in questa sede si richiama in quanto condivisa.

5.c.- Con i successivi motivi di ricorso, la deducente censura l'aggiudicazione (provvisoria) alla ditta controinteressata.

5.c.1.- La giurisprudenza amministrativa formatasi in materia di aggiudicazione provvisoria e definitiva di una pubblica gara è, ormai, consolidata sui seguenti principi :

-l'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto ha natura di atto endoprocedimentale, producendo effetti meramente prodromici all'adozione della determinazione conclusiva; sul piano processuale, la sua impugnazione è meramente facoltativa e non obbligatoria, e il termine per impugnare la definizione del procedimento di selezione pubblica di un contraente della Pubblica Amministrazione decorre, di regola, dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva e, in occasione dell'impugnazione di questa ultima, possono essere fatti valere i vizi propri di quella provvisoria (Cons. St. Sez. V 11 maggio 2004 n. 2951; 29 luglio 2003 n. 4327; Tar Lazio Sez. II 19 giugno 2006 n. 4814; Tar Abruzzo Pescara 30 maggio 2006 n. 323);

-E' inammissibile il ricorso proposto contro il verbale della Commissione di gara che propone l'aggiudicazione provvisoria di un appalto di opere pubbliche, trattandosi di atto avente natura endoprocedimentale, privo di autonoma capacità lesiva delle sfere soggettive delle imprese partecipanti, in quanto le successive determinazioni dell'Amministrazione appaltante (di approvazione degli atti della procedura e di aggiudicazione definitiva), costituiscono apprezzamento autonomo, che può non condividere le risultanze del verbale e considerare profili ulteriori rispetto alle valutazioni tecnico-discrezionali effettuate dalla Commissione giudicatrice (Tar Campania Napoli Sez. I 14 luglio 2006 n. 7517):

-l'aggiudicazione provvisoria della gara di appalto è atto preparatorio e non conclusivo del procedimento (Cons. St. Sez. V 6 marzo 2006 n. 1068);

-l'aggiudicazione definitiva di una gara pubblica non è un mero atto confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, essendo diverso da quest'ultimo per soggetto, competenza, forma e contenuto, presupponendo una nuova valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara, e ciò anche quando la stessa appaia frutto di una mera ricezione dei risultati dell'aggiudicazione provvisoria e degli altri atti prodromici, atteso che, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale, di cui costituisce l'esito finale, essa consegue comunque ad una nuova ed autonoma valutazione (Cons St. VI 7 luglio 2003 n. 4009; Tar Campania Salerno sez. I 6 giugno 2006 n. 827).

5.c.2.- Trasponendo le menzionate acquisizioni al caso in esame, deve convenirsi che il ricorso, nella parte relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria e cioè di un atto endoprocedimentale, preparatorio e non conclusivo del procedimento, deve soggiacere ad una declaratoria di reiezione in rito, posto che soltanto avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva (che, nella specie, non risulta emanato ancorché sia stato genericamente impugnato) l'interessato dovrà far valere le censure articolate, atteso che solo dallo stesso effettivamente origina, per quanto sopra detto, la lesione del bene della vita da tutelare in sede giurisdizionale

6.- Sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Salerno, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso R. g. n. 2345/2004 proposto da DITTA ALFA S.r.l., così provvede :

-in parte lo rigetta;

-per la restante parte, lo dichiara inammissibile, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del 15 marzo 2007, con la partecipazione dei Magistrati

Dott. Filippo Portoghese Presidente

Dott. Francesco Gaudieri Consigliere, estensore

Depositata in Segreteria il

(art. 55, legge 27.04.1982 n. 186)

il Direttore della Sezione