

La normativa negli appalti pubblici di lavori è esplicita nel prevedere quali clausole particolari debbano essere espressamente previste nei contratti fideiussori

Non è necessario che l'impegno del fideiussore della provvisoria ad emettere la definitiva contenga esplicitamente la dichiarazione di rinuncia al beneficio della preventiva escussione, sia l'operatività a semplice richiesta della stazione appaltante

Con la sentenza numero 1106 dell'11 luglio 2003 , il Tar Sicilia, sezione II di Palermo, ci sottolinea un importante principio in tema di collegamento fra emissione della cauzione provvisoria e definitiva

Poiché la legge parla chiaro, non c'è alcun bisogno che l'impegno con il quale il fideiussore della provvisoria dichiara la sua disponibilità, in caso di aggiudicazione della ditta obbligata, a rilasciare la cauzione definitiva, contenga esplicitamente le clausole di cui all'art. 30 comma 2 bis della L. 109/94 s.m.i

A cura 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. 2221/2003 R.G., e connesso ricorso per motivi aggiunti depositato l'11.6.2003, proposti dalla **** S.r.l., in persona dell'Amministratore e legale rappresentante pro tempore sig. Michele Ferone, rappresentato e difeso dall'Avv. Valerio Barone, e con quest'ultimo elettivamente domiciliato in Palermo, in Piazza Vittorio Emanuele Orlando, n. 33, presso lo studio dell'avv. Marina Maltese;

contro

la **** - S.p.A., con sede in Palermo, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. P. Luigi Matta, presso il cui studio in Palermo, via Scarlatti n. 12, è elettivamente domiciliato;

e nei confronti

- della **** Costruzioni S.r.l., con sede in Palermo, in proprio e quale Capogruppo della costituenda Associazione Temporanea d'Impresa con l'ing. Fabrizio ****, in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., rappresentati e difesi dagli Avv.ti Francesco Mistretta e Maurizio Lino, elettivamente domiciliati nello studio del primo, in Palermo, via Libertà n. 171;

- il ricorso principale -

per l'annullamento, previa sospensione,

1) del provvedimento assunto dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 13.2.2003 di aggiudicazione provvisoria della gara, indetta dalla **** - **** - S.p.A. per la "Progettazione esecutiva e

realizzazione dei lavori di adattamento dell'immobile sito in Palermo, Via Denti Di Piraino n. 7, nuova sede operativa della **** S.p.A.", alla costituenda ATI tra la **** Costruzioni S.r.l. e l'ing. Fabrizio ****;

2) dei provvedimenti assunti dalla Commissione giudicatrice nelle sedute del 10 ed 11 febbraio 2003 di ammissione alla gara di cui al precedente n. 1) della costituenda ATI tra la **** Costruzioni srl e l'ing. Fabrizio ****;

3) di ogni altro ulteriore atto preordinato, connesso e consequenziale, comunque lesivo della posizione della ricorrente,

"nonché per il risarcimento del danno ingiusto

in forma specifica o, in subordine, per equivalente, ai sensi dell'art. 7, comma 3, della L. n.1034/1971, come novellato dall'art. 35 del D.Lgs. 80/1998, nel testo risultante dalla L. 205/2000, nella misura che sin d'ora può quantificarsi in un importo non inferiore al 10% del prezzo offerto, corrispondente al mancato utile al sensi dell'art. 122 D.P.R. 554/99, oltre rivalutazione e interessi;”

- il ricorso per motivi aggiunti depositato l'11.6.2003 -

per l'annullamento

del provvedimento (di numero e data sconosciuti) con il quale la **** avrebbe approvato i verbali di gara ed eventuali atti connessi; e per la declaratoria di “nullità ovvero per l'annullamento del conseguente contratto di appalto stipulato in data 5.3.2003”, nonché per il “risarcimento del danno ingiusto in forma specifica o, in subordine, per equivalente”.

Visti il ricorso con i relativi allegati ed i connessi motivi aggiunti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimato e le rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;

Uditi, alla pubblica udienza del 13 giugno 2003, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, la Società **** S.r.l., premesso che la controinteressata ATI (costituenda) tra la **** Costruzioni S.r.l. e l'ing. Fabrizio **** è risultata al 1° posto in graduatoria, relativa alla gara d'appalto in epigrafe, con un ribasso del 15,25% (offerto, però, sull'errato importo di Euro 1.311.365,19, anziché sull'importo a base d'asta di Euro 643.362,5), mentre la ricorrente si è classificata al 2° posto con un ribasso del 14,71%, impugna il provvedimento di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, vinte le spese, deducendo:

I) Violazione del bando di gara (punti 2 e 3); violazione dell'art. 21 della legge della Regione Sicilia 2 agosto 2002, n.7; violazione dell'art.3 della legge 7.8.1990, n. 241; eccesso di potere; difetto di istruttoria.

La costituenda ATI tra la **** Costruzioni S.r.l. e l'ing. Fabrizio **** avrebbe dovuto essere "esclusa dalla gara, non avendo formulato la propria offerta in conformità alle previsioni del bando. ed infatti la detta ATI ha formulato la propria offerta (ribasso del 15,25%) non con riferimento all'importo posto a base d'asta (Euro 643.362,50), ma rispetto all'errato e "ben diverso importo di Euro 1.311.365,19".

Peraltro, "... l'offerta dell'ATI doveva essere esclusa, anche perché formulata in aumento, atteso che l'applicazione del ribasso del 15,25 % sull'importo di euro 1.311.365,19 si sostanzia nell'offerta del prezzo di euro 1.111.382,00 di gran lunga superiore a quello posto a base d'asta dall'amministrazione".

Ed anche ad interpretare l'offerta in esame nel senso di un ribasso pari ad "euro (1.311.365,19 X 15,25% =) 199.983,19, corrispondente ad un ribasso di oltre il 33 % sull'importo a base d'asta", ciò avrebbe determinato "l'esclusione dell'offerta per anomalia".

Né nella specie, sarebbe "... prospettabile un errore materiale nella predisposizione dell'offerta, considerata la precisione con cui l'ATI aggiudicataria ha individuato l'importo a base d'asta (E. 1.311.365,19) e la specificazione che il ribasso riguarda proprio «l'importo ... sopra indicato»".

II) Violazione del bando di gara (punto 13. II, lett. c) e g); violazione dell'art. 75 D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554/99 e succ. mod. ed integr.; violazione dell'art. 3 della legge 7.8.1990, n.241; eccesso di potere; difetto di istruttoria.

In violazione del punto 13, II), del bando di gara (che richiedeva ai partecipanti «ai sensi del DPR n.445/00» una dichiarazione attestante «l'inesistenza a loro carico delle cause di esclusione delle gare di appalto per l'esecuzione di lavori pubblici», tra cui quella "che non abbiano commesso irregolarità, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, contributi previdenziali, assistenziali ed assicurativi ... lett.g)", il legale rappresentante della **** S.r.l. ha dichiarato di non aver commesso "gravi irregolarità" nell'adempimento degli obblighi suindicati.

Sostiene la odierna ricorrente che "con tale dichiarazione l'aggiudicataria" avrebbe finito con l'ammettere "... di non essere in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, essendosi resa responsabile di irregolarità rispetto agli obblighi in parola, sia pur non «gravi»".

In ogni caso, la dichiarazione resa dall'aggiudicataria (con l'aggiunta dell'aggettivo "grave" non previsto dal bando) sarebbe "... fortemente equivoca. Per cui anche a voler considerare la possibilità di un errore la Commissione di gara doveva comunque invitare la predetta ATI a chiarire il contenuto delle dichiarazioni rese". Da qui il dedotto difetto di istruttoria.

"Difetto di istruttoria - prosegue la ricorrente, richiamandosi al punto 13, II), lett. c) del bando di gara - che è tanto più grave ed evidente ove si consideri che il Direttore tecnico nominato dall'aggiudicataria, nella propria dichiarazione, ha espressamente ammesso "di essere recidivo nelle violazioni degli obblighi concernenti le dichiarazioni e i conseguenti adempimenti in materia di contributi sociali, imposte e tasse secondo la legislazione italiana".

III) Violazione del bando di gara (punto 13, IV); violazione dell'art. 30, 1° e 2° comma, della legge 11 febbraio 1994, n.109, come recepita dalla legge regionale 2 agosto 2002, n.7.

L'impegno del fideiussore provvisorio a rilasciare la fideiussione definitiva, in caso di aggiudicazione, dovrebbe "... essere diretto in modo chiaro ed esplicito a prestare una garanzia avente il contenuto previsto dall'art. 30 L.109/94 cit., come recepito dalla L.R. 7/02". Diversamente, nella specie, mancherebbe, nella dichiarazione d'impegno prodotta dalla costituenda ATI **** "... sia la dichiarazione di rinuncia al beneficio della preventiva escussione, sia l'impegno a rendere operativa la garanzia a semplice richiesta della stazione appaltante".

IV) In relazione alla domanda risarcitoria, la ricorrente assume che “stante l'illegittimità degli atti impugnati”, essa “... ha diritto a vedersi risarcita, in forma specifica ed in via subordinata per equivalente, dei danni subiti e subendi, che sin d'ora possono quantificarsi in un importo non inferiore al 10% del prezzo offerto, corrispondente al mancato utile ai sensi dell'art.122 D.P.R. 554/99”.

2. Con atto ritualmente notificato alle controparti, depositato l'11.6.2003 la **** S.r.l. ha proposto motivi aggiunti avverso il provvedimento (di numero e data sconosciuti) con il quale la **** avrebbe approvato i verbali di gara ed eventuali atti connessi. Deduce i medesimi motivi di cui al ricorso principale, facendo valere, nella sostanza l'invalidità derivata degli atti aggiuntivamente impugnati. Insiste, pertanto, per il risarcimento del danno e la declaratoria di nullità o invalidità del contratto nelle more stipulato.

3. Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, la stazione appaltante, che, con rituale memoria difensiva, contesta le addotte censure chiedendo la reiezione del ricorso (del quale peraltro eccepisce l'inammissibilità per carenza di interesse) con ogni conseguente statuizione sulle spese.

4. Resistono, altresì, le imprese della costituenda ATI ****, che contestano nel merito tutte le addotte censure, assumendo in particolare la legittimità dell'aggiudicazione della gara nei loro confronti atteso che l'errato importo deriverebbe da un mero errore materiale dovuto ad un “refuso di stampa”.

5. All'udienza camerale del 9 maggio 2003, fissata per l'esame dell'istanza di sospensione del provvedimento impugnato, è stata adottata ordinanza collegiale n. 95 del 10 maggio 2003 di fissazione dell'udienza nel merito del ricorso ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

6. Sia l'impresa ricorrente che la resistente **** hanno depositato memorie. In particolare, la **** fa presente che nel frattempo i lavori sono stati regolarmente conclusi (v. mem. dep. il 4.6.2003) e comunque non sussistono i presupposti per il risarcimento del danno nemmeno per equivalente.

7. Alla pubblica udienza del 13 giugno 2003, presenti i Difensori delle parti - che si sono riportati agli scritti difensivi insistendo nelle relative conclusioni - la causa è stata posta in decisione.

Le parti resistenti hanno, peraltro, dichiarato di opporsi al tardivo deposito del predetto ricorso per motivi aggiunti.

DIRITTO

1. Va respinta, in primis, l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse sollevata dalla **** sul rilievo che l'offerta della **** S.r.l. è seconda nella relativa classifica. Ed invero, l'eccezione - posta nei termini suddetti - si appalesa tanto generica, quanto oscura, dato che, proprio perché la ricorrente, ha presentato una offerta collocata al secondo posto della graduatoria, ha un indubbio, quanto evidente, interesse a contestare l'ammissione dell'offerta che è risultata prima graduata.

2. In secondo luogo, va dichiarata la inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti siccome depositato tardivamente senza il consenso delle controparti, come da verbale d'udienza (il ricorso, peraltro, sembrerebbe riguardare, stando alle difese della ****, un provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione inesistente).

3. Passando al merito, il Collegio rileva che vanno esaminate per prima le censure (di cui al secondo motivo) con le quali si assume che:

a) la dichiarazione del legale rappresentante della **** S.r.l. di non aver commesso “gravi irregolarità” in materia di “obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, contributi previdenziali, assistenziali ed assicurativi” sarebbe irrispettosa degli obblighi di cui al punto 13, II, lett.g) del bando (ed anzi dovrebbe intendersi come dichiarazione del soggetto di aver commesso irregolarità sia pur “non gravi”);

b) la stazione appaltante avrebbe dovuto approfondire, con adeguata istruttoria, il senso della “dichiarazione di recidiva del direttore tecnico rispetto a non meglio individuati reati” (detto direttore ha dichiarato testualmente "di essere recidivo nelle violazioni degli obblighi concernenti le dichiarazioni e i conseguenti adempimenti in materia di contributi sociali, imposte e tasse secondo la legislazione italiana"...).

Tali censure non appaiono condivisibili, atteso che, sia la difformità di cui alla prima dichiarazione, sia la difformità di cui alla seconda dichiarazione, si appalesano come frutto di meri errori materiali:

- il primo - verosimilmente - dovuto al fatto che l'impresa ha tenuto presente la testuale formulazione dell'art. 17 del D.P.R. n. 34/2000 che alla lett. d), per l'appunto, parla di “inesistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contribuzione sociale secondo la legislazione italiana o del paese di residenza”;

- il secondo attestante espressamente la recidiva del direttore tecnico per la omissione del “non” .

A fronte di tali irregolarità (e per quanto detto, presuntivamente ascrivibili ad errori di ordine materiale), la stazione appaltante non aveva certo l'obbligo di disporre automaticamente l'esclusione dell'offerta della ****, bensì quello di chiedere i chiarimenti ritenuti necessari all'impresa interessata; e ciò, sia in relazione al generale principio di massima partecipazione, sia in relazione al principio di ordine generale di cui all'art. 6 della L. 241/1990, che consente (sempre che non vi si oppongano clausole espresse del bando ovvero ragioni legate al rispetto della “par condicio” dei concorrenti) la regolarizzazione delle dichiarazioni incomplete rese alla P.A. e che trova applicazione anche in materia di dichiarazioni richieste per la partecipazione a procedure di appalto (cfr. Cons. St., Sez. V, ord.za n. 4063/2000; Cons. St., Sez. IV, dec. 28 agosto 2001, n. 4534; Cons. St., Sez. V, dec. 11 gennaio 2002, n. 133; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 15 marzo 2002, n. 718).

4. Con il terzo motivo di ricorso parte ricorrente lamenta che l'impegno rilasciato dal fideiussore provvisorio della costituenda ATI **** a rilasciare la cauzione definitiva manchi della “dichiarazione di rinuncia al beneficio della preventiva escussione”, dello “impegno a rendere operativa la garanzia a semplice richiesta della stazione appaltante”.

Il motivo è infondato, posto che il punto 13, IV, del bando di gara prevede solamente che “la cauzione provvisoria deve essere corredata dall'impegno di un fideiussore verso il contraente a rilasciare la garanzia di cui al comma 2 dell'art. 30 della L. 109/94 e s.m.i, come modificata dalla L.R. 7/02”, e non anche che il detto impegno debba essere da subito accompagnato dalla espressa rinuncia del promittente fideiussore-definitivo al beneficio della preventiva escussione del debitore principale ed alla operatività della garanzia entro quindici giorni a semplice richiesta della stazione appaltante.

D'altronde il comma 2-bis della L. 109/1994 (aggiunto dall'art. 9, comma 55, L. 18 novembre 1998, n. 415) dispone che è la cauzione fideiussoria bancaria o assicurativa di cui ai commi 1 e 2 che deve “prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la sua operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”, sicché tale precisazione non è richiesta nell'atto col quale il fideiussore provvisorio si impegni, pro-futuro, a prestare la cauzione definitiva nei termini prescritti dalla legge.

(...)

7. In conclusione, il ricorso dev'essere accolto, nei limiti di cui sopra, con la conseguenziale statuizione di annullamento degli atti impugnati.

In considerazione dell'accoglimento del ricorso nei limiti di cui sopra, va disposta la compensazione tra le parti della metà delle spese di giudizio; l'altra metà va posta a carico della Società resistente, secondo la liquidazione in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Seconda, accoglie in parte il ricorso in epigrafe nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla il provvedimento con lo stesso impugnato.-----

Condanna l'Amministrazione soccombente al pagamento, in favore della parte ricorrente, della metà delle spese di giudizio che liquida in complessivi Euro 1.500,00 oltre IVA e CPA.-----

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 13 giugno 2003
Depositata in Segreteria addì 11.7.03

Il Segretario A.Nalbone