

Il decreto legislativo, all'articolo 75, comma 8, prevede che la cauzione provvisoria debba essere accompagnata dall'impegno di un fideiussore (la Merloni parlava "del fideiussore" mentre successivamente solo il regolamento(dpr 554/99), all'articolo 100 menzionava l'impegno del fideiussore), in caso di aggiudicazione, a rilasciare la cauzione definitiva: questa scelta implica due considerazioni, primo che tutte le modalità di presentazione della provvisoria obbligatoriamente prevedono di essere accompagnate dal citato impegno, e secondo che, non necessariamente, il garante che emette la provvisoria debba corrispondere a quello che si impegna per la definitiva.

Di Sonia Lazzini

Così recita l'articolo 75 del nuovo codice dei contratti:

< DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE
(Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006, s.o. n. 107)

Art. 75. (Garanzie a corredo dell'offerta)

(art. 30, co. 1, co. 2-bis, l. n. 109/1994; art. 8, co. 11-quater, l. n. 109/1994 come novellato dall'art. 24, l. n. 62/2005; art. 100, d.P.R. n. 554/1999; art. 24, co. 10, l. n. 62/2005)

1. L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

2. La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze.

(...)

8. L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.

(...)>

prima considerazione:

quale che sia la modalità di presentazione della cauzione provvisoria, è obbligatorio comunque l'impegno di un fideiussore a sottoscrivere la definitiva.

Ci viene in aiuto un po' di giurisprudenza:

Tar Puglia, Lecce, n. 2153 del 2002:

< nel merito il ricorso risulta fondato, atteso che la lettera invito richiama espressamente per la disciplina della gara tutte le norme contenute nel Regolamento di attuazione della Legge quadro in materia di lavori pubblici (DPR n. 554/1999), il cui art. 100 prevede l'obbligo da parte di ogni concorrente di accompagnare la cauzione provvisoria prestata con fideiussione bancaria o

assicurativa con specifico atto di impegno del fideiussore al rilascio della cauzione definitiva in favore dello stesso concorrente in caso di sua aggiudicazione dell'appalto;

-tale obbligo previsto dal predetto art. 100 DPR n. 554/1999 va rispettato, quale che sia la modalità di prestazione della cauzione provvisoria, in ossequio al principio della par condicio dei concorrenti ad una gara di appalto;

-lo stesso ha carattere essenziale, in quanto rispondente ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione, sicchè il suo inadempimento comporta l'esclusione dalla procedura.>

anche il supremo giudice amministrativo, Consiglio di Stato, decisione n. 3183 del 15 giugno 2001, si è espresso nei medesimi termini:

<3. Il giudice di prime cure conviene sulla linea interpretativa, peraltro pacifica, secondo la quale, sulla base dell'art.30, primo comma, citato, le due cauzioni, quella provvisoria e quella definitiva, assolvono a funzioni distinte e vanno presentate insieme. E conviene altresì col ricorrente sul fatto che l'onere dell'impegno alla cauzione definitiva non viene meno solo perché l'impresa risultata aggiudicataria ha prodotto, a titolo di cauzione provvisoria, un assegno circolare e non un atto di fidejussione. Le modalità di prestazione dell'una (provvisoria) non influenzano gli obblighi previsti per l'altra (definitiva), svolgendo esse funzioni distinte ma dovendo essere prestate contestualmente. Il giudice di prime cure distingue poi la fase dell'impegno a promettere la prestazione della cauzione definitiva, che è contestuale alla prestazione della cauzione provvisoria, al momento della presentazione dell'offerta, dall'effettivo impegno alla cauzione definitiva, che anche nell'importo può essere definita solo dopo l'aggiudicazione.>

Non dimentichiamo di Tar Sicilia, Palermo, n. 369 del 21 marzo 2003

<Esso si articola su due censure, di cui la prima è sicuramente infondata. Invero la mancata stipula della fideiussione bancaria o assicurativa è ampiamente compensata dalla materiale dazione di assegno circolare. Ed anzi la modalità scelta dalla ricorrente principale appare non solo fungibile ma addirittura maggiormente sicura per l'amministrazione che acquista in sostanza la materiale disponibilità della somma di denaro portata dall'assegno.

Fondato è invece il secondo motivo del ricorso incidentale. La ricorrente principale, infatti, ha ommesso di presentare l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva da parte del fideiussore. Tale formalità è richiesta a pena d'esclusione dall'art. 8 lett. I) del bando di gara. Conseguente che in presenza di una così chiara ed univoca previsione del bando la ricorrente principale doveva essere esclusa; onde va accolto il ricorso incidentale>

seconda considerazione

per segnalare la novità del fatto che il fideiussore della provvisoria, può essere diverso da quello della definitiva, ci viene in aiuto la decisione del Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana n. 96 dell' 8 marzo 2005

<Nel descritto quadro normativo, ad avviso del Collegio, prima della riforma del 2003, il sistema di garanzia si strutturava in un unico centro di imputazione. Il fideiussore rilasciava la cauzione provvisoria e l'impegno a costituire la cauzione definitiva. Solo con la novella del 2003, che ha sostituito nel comma 1 le parole del fideiussore con le parole di un fideiussore" l'unità della garanzia si è spezzata, ben potendo la cauzione provvisoria essere prestata da un soggetto diverso da quello che presta l'impegno della garanzia definitiva>

vedi anche Tar Sicilia, Catania, n. 858 del 30 marzo 2004:

<

Le imprese sopra indicate sono state escluse sul presupposto che non avrebbero prestato l'impegno del fideiussore a rilasciare garanzia definitiva in caso di aggiudicazione, presupposto che si assume errato in fatto dato che entrambe le imprese hanno allegato ai documenti prodotti l'impegno prescritto rilasciato per entrambe dalla società di assicurazioni .

Qualora l'Ente appaltante avesse ritenuto che la cauzione presentata dalle due ditte fosse irregolare perché il relativo impegno è stato assunto da altro fideiussore rispetto a quello che ha prestato cauzione provvisoria e di altra natura (assicurazione e non banca) si configurerebbe la violazione delle norme calendate che non prescrivono che l'impegno a rilasciare la fideiussione debba essere prestato dallo stesso fideiussore bancario che ha rilasciato la garanzia provvisoria. Le parti controinteressate, costituite in giudizio, hanno chiesto il rigetto del ricorso

Tali norme, secondo la prospettazione del ricorrente, non impongono al concorrente di produrre in sede di gara, impegno a rilasciare garanzia definitiva, in caso di aggiudicazione, ad opera dello stesso fideiussore bancario che ha rilasciato la garanzia provvisoria

A conferma della linea interpretativa fatta propria dal Collegio, si rileva che la l. reg. n. 7/03 ha sciolto ogni dubbio scaturente dall'ambigua dizione del comma 1 dell'art. 30 l. 109/94 nel testo recepito dalla l. reg. n. 7/02, espressamente richiedendo l'impegno "di un fideiussore" e non più "del fideiussore" a rilasciare la garanzia di esecuzione>

Puo' essere anche importante segnalare il pensiero di Tar Sicilia, Seconda Sezione di Palermo, sentenza n. 1217 del 31 luglio 2003

< In primo luogo, come già si è osservato nella richiamata ordinanza cautelare, l'art. 30, comma 1-bis, prevede particolari modalità per la prestazione della cauzione provvisoria, da rilasciarsi (soltanto) mediante fideiussione bancaria, che in quanto eccezionali e limitative (della facoltà di partecipare alla gara), non possono che intendersi riferite esclusivamente alla fattispecie specificamente disciplinata, e non anche, in via d'interpretazione, alla successiva garanzia da prestarsi per il caso di aggiudicazione.

In secondo luogo, è palese il difetto di coordinamento fra il comma 1 (immodificato), ed il comma 1-bis (introdotto dal legislatore regionale) dell'art. 30 l. 109/1994: il comma 1, nel richiedere "l'impegno del fideiussore" a rilasciare la garanzia definitiva, non contemplava, nel momento in cui è stato redatto, l'esistenza di una successiva disposizione che restringesse la categoria dei fideiussori, per alcune opere, ai soli istituti di credito, sicché il riferimento al (e non ad un) fideiussore lascia comunque salva l'autonomia della parte nella scelta del garante nell'ambito dell'ampia previsione del medesimo comma 1.

Tanto ciò è vero che il legislatore regionale, resosi conto dei potenziali effetti dirompenti del rilevato difetto di coordinamento, vi ha successivamente posto rimedio, intervenendo (con l'art. 20, comma 1, della l.r. 19 maggio 2003, n. 7) sul comma 1 dell'art. 30, e stabilendo che le parole "dall'impegno del fideiussore" sono sostituite dalle parole "dall'impegno di un fideiussore".

Questo successivo intervento del legislatore regionale, se contribuisce a coordinare con maggiore chiarezza le due disposizioni esaminate (commi 1 ed 1-bis dell'art. 30 l. 109/1994), indica peraltro una soluzione già raggiungibile in via interpretativa nel precedente quadro normativo,

semplicemente limitando alla cauzione provvisoria la particolare, ed eccezionale, forma di aggravamento (e di limitazione) per essa, e solo per essa, prevista.

Pertanto, l'introduzione, nel corpo dell'art. 30 della legge quadro, del comma 1-bis, ad opera del legislatore siciliano, non ha alcuna refluenza sul regime della cauzione definitiva, che rimane disciplinata – quanto alle possibili forme che essa può assumere, e ai soggetti che possono impegnarsi a rilasciarla - dall'ampia previsione preesistente (sulla quale il legislatore regionale non è intervenuto: se non, successivamente, per ribadire il concetto qui sostenuto, ed evitare paradossali soluzioni che già si sarebbero potute escludere comunque in via interpretativa).>

#####

Consiglio Giustizia Amm. Regione Siciliana n. 96 dell' 8 marzo 2005

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 944/2003, proposto dalla

A.T.I. *** RESTAURI s.r.l.,

in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandatario della A.T.I. con l'impresa Vullo Antonio e con l'impresa Schembri Giuseppe, rappresentati e difesi dagli avv.ti Caterina Giunta, Salvatore Leone Giunta e Maria Diliberto, con domicilio eletto in Palermo, via Nunzio Morello n. 20 presso lo studio della prima;

c o n t r o

la ING. *** ANTONIO s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo dell'Associazione con la Anzà Costruzioni e la ditta Anzà Salvatore Vincenzo, rappresentata e difesa dall'avv. Fulvio Cintioli, con domicilio eletto in Palermo, via Trentacoste n. 89, presso lo studio dell'avv. Pietro Allotta;

e nei confronti

della SOPRINTENDENZA AI BENI CULTURALI E AMBIENTALI DI CALTANISSETTA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria ex lege, in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81;

per la riforma

della sentenza n. 1036, in data 14 giugno 2003 del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Palermo, II;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ing. *** Antonio s.r.l e della Soprintendenza ai beni culturali e ambientali di Caltanissetta;

Visti gli atti tutti della causa;

Vista l'ordinanza n. 664, in data 1 agosto 2003, con la quale è stata accolta la domanda di sospensione cautelare della esecuzione della sentenza appellata;

Visto il dispositivo n. 4/05 in data 13 gennaio 2005;

Relatore il Consigliere Pier Giorgio Trovato; uditi, alla pubblica udienza del 15 dicembre 2004 l'avv. C. Giunta per l'ATI appellante, l'avv. F. Cintioli per la ing. *** Antonio in proprio e n.q. e l'avv. dello Stato Tutino per la Soprintendenza BB.CC.AA. di Caltanissetta.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

1. Con atto pubblicato il 4 ottobre 2002, la Soprintendenza ai beni culturali e ambientali di Caltanissetta bandiva un pubblico incanto per l'appalto dei lavori di valorizzazione dell'area archeologica di Polizzello/Mussomeli.

Nel bando era tra l'altro previsto che:

- le concorrenti dovevano presentare, tra la documentazione di gara, una cauzione pari allo 0,50 per cento dell'importo dei lavori, da prestare mediante fideiussione bancaria. Tale cauzione dovrà avere validità per almeno 180 gg. dalla data di presentazione dell'offerta (art. 30 della L. n. 109/1994 coordinata con la L.Reg.Sic. n. 7 del 2 agosto 2002) (art. 11, punto p);

- doveva essere effettuato il deposito di cauzione costituito nelle forme previste al secondo comma dell'art. 30 della L. n. 109/1994 coordinata con la L.Reg.Sic. n. 7 del 2 agosto 2002 (avvertenze punto 13 lett. c)

La gara si svolgeva il 13 novembre 2002. Erano escluse tre delle 11 ditte partecipanti e precisamente le ATI Ing. *** Antonio, Coop. Architettura SCARL e Sciuto geom. Pompeo per irregolarità relative all'impegno a prestare la garanzia fideiussoria definitiva.

L'appalto era aggiudicato alla A.T.I. *** Restauri

2. I verbali di gara erano impugnati con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Palermo, dalla Ing. *** Antonio s.r.l, relativamente alla aggiudicazione alla A.T.I. *** Restauri, alla esclusione della ricorrente e alla mancata esclusione della ATI ***.

La parte ricorrente deduceva:

1) Violazione dell'art. 100 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e dell'art. 3 della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7 sul rilievo che in violazione di tali disposizioni la ricorrente era stata esclusa dalla gara per avere prestato l'impegno al rilascio di fideiussione definitiva da parte di società assicurativa anzichè di istituto bancario;

2) violazione delle prescrizioni del bando (punto 11 c), laddove non era stata esclusa dalla gara la ATI ***, come era dovuto dal momento che la mandataria non risultava possedere qualificazione nella categoria prevalente per la quota percentuale prescritta (50% dell'importo a base d'asta).

La ricorrente precisava che con la propria ammissione e con la esclusione della ATI ***, il diverso calcolo delle medie avrebbe comportato l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente medesima.

Si costituiva la Soprintendenza ai beni culturali e ambientali di Caltanissetta e la A.T.I. *** Restauri, svolgendo puntuali controdeduzioni.

La A.T.I. *** Restauri inoltre proponeva ricorso incidentale sui rilievi che:

- il ricorso principale era inammissibile per mancata impugnativa delle clausole del bando, che imponevano l'impegno fideiussorio definitivo da parte di istituto bancario;

- la riammissione della ricorrente avrebbe comportato anche quella delle ATI Sciuto e Coop. Architettura (escluse dal seggio di gara per la medesima ragione);

- la Ing. *** Antonio s.r.l non aveva utilizzato per la domanda il prescritto modello.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Palermo, con sentenza n. 1036, in data 14 giugno 2003:

- accoglieva il ricorso principale;

- accoglieva in parte il ricorso incidentale (relativamente alla ammissione della ATI Sciuto) facendo salvi gli ulteriori provvedimenti della Amministrazione.

3. La sentenza è stata appellata dalla A.T.I. *** Restauri, che deduce:

- esattamente la Ing. *** Antonio s.r.l era stata esclusa dalla gara;

- se non doveva essere esclusa, non doveva esserlo neppure la Coop Scarl.

Si sono costituiti in giudizio la Soprintendenza beni culturali e ambientali di Caltanissetta, con tesi adesive a quelle dell'appellante, e la Ing. *** Antonio s.r.l che ha svolto puntuali controdeduzioni.

Alla pubblica udienza del 15 dicembre 2004, l'appello è passato in decisione.

DIRITTO

1. La questione centrale, ai fini della odierna decisione, riguarda la disciplina dell'impegno a prestare la garanzia fideiussoria definitiva negli appalti di lavori pubblici nella Regione siciliana, alla data dell'atto (4 ottobre 2002), con il quale la Soprintendenza ai beni culturali e ambientali di Caltanissetta ha bandito il pubblico incanto in vertenza, per l'appalto dei lavori di valorizzazione dell'area archeologica di Polizzello/Mussomeli.

Con riferimento a tale data, in forza dell'art. 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche, come recepito dalla legge regionale 2 agosto 2002, n. 7:

- l'offerta doveva essere corredata da una cauzione provvisoria del 2% dei lavori, da prestare anche con fideiussione bancaria o assicurativa ... e dall'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente fosse risultato aggiudicatario (comma 1);

- per i lavori d'importo a base d'asta inferiori alla soglia comunitaria e superiori a 150.000 euro la cauzione di cui al comma 1 è ridotta allo 0,50 per cento da prestarsi a mezzo di fideiussione bancaria ... (comma 1 bis; v. art. 24 l.r. n. 7/2002);

- l'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria ... (comma 2).

Dopo la pubblicazione del bando è intervenuta la legge regionale 19 maggio 2003, n. 7 che (art. 20) ha disposto quanto segue: All'articolo 24 della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, sono apportate le seguenti modifiche e integrazioni:

al comma 1 è anteposto il seguente:

"01. Al comma 1 dell'articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 le parole "dall'impegno del fideiussore" sono sostituite dalle parole "dall'impegno di un fideiussore".

Nel descritto quadro normativo, ad avviso del Collegio, prima della riforma del 2003, il sistema di garanzia si strutturava in un unico centro di imputazione. Il fideiussore rilasciava la cauzione provvisoria e l'impegno a costituire la cauzione definitiva. Solo con la novella del 2003, che ha sostituito nel comma 1 le parole del fideiussore con le parole di un fideiussore" l'unità della garanzia si è spezzata, ben potendo la cauzione provvisoria essere prestata da un soggetto diverso da quello che presta l'impegno della garanzia definitiva.

In questo contesto va letta la disposizione del comma 1 bis, che nel condizionare al rilascio di una fideiussione bancaria la riduzione allo 0,50% della cauzione provvisoria in determinate gare (tale è quella di specie), prima della novella del 2003, stante l'unitarietà del sistema di garanzia, imponeva, per fruire della agevolazione, anche un impegno bancario (dello stesso soggetto) nella prestazione dell'impegno alla garanzia definitiva.

D'altra parte se è vero che nel comma 1 bis si parla di fideiussione bancaria solo con riferimento alla cauzione provvisoria, è altrettanto vero che in esso non è contenuto alcun cenno che consenta di affermare una volontà del legislatore regionale di consentire anche una deroga al principio di unitarietà della garanzia all'epoca vigente.

La novella del 2003, come emerge anche dal dato letterale, ha quindi carattere innovativo e non meramente interpretativo e corrisponde ad una diversa valutazione dei maggiori costi ma anche delle correlative maggiori garanzie di selezione connesse alla garanzia bancaria.

Tale valutazione ha dapprima (nel 2002) indotto il legislatore a privilegiare il carattere selettivo della garanzia e a correlare la riduzione allo 0,50% della cauzione provvisoria al rilascio di una fideiussione bancaria, ferma restando l'unità del soggetto garante, e, successivamente (nel 2003), a consentire accanto alla fideiussione bancaria per la cauzione provvisoria, un impegno per la garanzia definitiva da parte di un fideiussore (ivi comprese quindi le società assicuratrici).

Per le ragioni che precedono, quanto alla vertenza di specie, esattamente il seggio di gara ha escluso la società Ing. *** Antonio, che aveva prestato la cauzione provvisoria con fideiussione bancaria e l'impegno di garanzia definitiva da parte di società assicuratrice.

3. Per le ragioni che precedono l'appello va accolto e il ricorso principale di primo grado va respinto. Ne segue l'assorbimento del ricorso incidentale in primo grado, i cui motivi sono stati parzialmente riproposti dall'appellante in via subordinata.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese dei due gradi di giudizio

P. Q. M.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso principale in primo grado e dichiara assorbito il ricorso incidentale in primo grado..

Compensa le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Palermo, addì 15 dicembre 2004 – 12 gennaio 2005 dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, estensore, Giorgio Giaccardi, Antonino Corsaro, Francesco Teresi, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Pier Giorgio Trovato, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria

il 8 marzo 2005

In Sicilia, il cambiamento attuato dalla (diversa e ultima) dicitura relativa all'Impegno "di un fideiussore", rispetto all'impegno "del fideiussore", apre alle Compagnie l'emissione della definitiva

Non può la legge della gara restringere alla sola fideiussione bancaria la modalità di prestazione della cauzione definitiva, senza ledere le posizioni soggettive dei concorrenti garantite dalla norma primaria

Sintesi di Tar Sicilia, Seconda Sezione di Palermo, sentenza n. 1217 del 31 luglio 2003

Parole chiave:

Appalti di lavori – Regione Sicilia – la Legge n. 7 del 19 maggio 2003 ha modificato le modalità di presentazione della definitiva --dall' impegno del fideiussore all'impegno di un fideiussore – possibilità anche per le Compagnie assicuratrici a rilasciare la garanzia per gli oneri e obblighi contrattuali – lesiva di posizioni soggettive dei concorrenti, una lex specialis limitativa alle sole fideiussioni bancarie definitive

L'interesse pubblico risulta garantito sia dalla fideiussione bancaria che dalla polizza

Esito del giudizio:

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, nei limiti di cui in motivazione

Conseguenze operative:

Pertanto, l'introduzione, nel corpo dell'art. 30 della legge quadro, del comma 1-bis, ad opera del legislatore siciliano, **non ha alcuna refluenza sul regime della cauzione definitiva**, che rimane disciplinata – quanto alle possibili forme che essa può assumere, e ai soggetti che possono

impegnarsi a rilasciarla - dall'ampia previsione preesistente (sulla quale il legislatore regionale non è intervenuto: se non, successivamente, per ribadire il concetto qui sostenuto, ed evitare paradossali soluzioni che già si sarebbero potute escludere comunque in via interpretativa).

Conseguentemente, le non perspicue clausole del bando e del disciplinare sopra richiamate, che – a proposito della garanzia per l'ipotesi di aggiudicazione - si riferiscono indifferentemente sia alla “fideiussione bancaria” che alla “polizza assicurativa fideiussoria”, nella parte in cui richiedono che la cauzione definitiva costituisca oggetto della “dichiarazione di un istituto bancario”, da allegare all'offerta, **si pongono in contrasto con la esaminata disciplina primaria**, che invece non ha inteso irrigidire a tal punto le modalità di partecipazione alla gara d'appalto, né restringere in tal modo le relative facoltà delle imprese.

D'altra parte, se la legge lascia, in relazione alla cauzione definitiva, un certo margine di scelta – nei termini riferiti - **all'autonomia privata delle imprese partecipanti**, a garanzia delle relative valutazioni di convenienza economica, reputando evidentemente **indifferente per l'interesse pubblico portato dall'amministrazione aggiudicatrice l'opzione in favore di una piuttosto che di un'altra** delle alternative legalmente date, non può la legge della gara restringere alla sola fideiussione bancaria la modalità di prestazione della cauzione definitiva, senza ledere le posizioni soggettive dei concorrenti garantite dalla norma primaria

Ricordiamo che la differenza esiste anche nella normativa statale

Art. 30. (Garanzie e coperture assicurative) della L. 109/94 s.m.i.

1. 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 fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, 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. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. Ai non aggiudicatari la cauzione è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione.

Art. 100 (Cauzione provvisoria) del dpr 554/99

1. La cauzione provvisoria prevista dall'articolo 30, comma 1, della Legge può essere costituita a scelta dell'offerente in contanti o in titoli del debito pubblico o garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una Sezione di Tesoreria Provinciale o presso le aziende di credito autorizzate a titolo di pegno a favore delle stazione appaltanti. La cauzione può essere costituita, sempre a scelta dell'offerente anche mediante fideiussione bancaria ovvero mediante polizza assicurativa fideiussoria con clausola di pagamento a semplice richiesta.

2. La cauzione provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno **di un fidejussore** verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto o della concessione.

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione II, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso n. 17/2003, sezione II, proposto dalla ***** s.r.l.,

CONTRO

Il Comune di Calamonaci, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio e nei confronti

della Costruzioni ***** s.p.a.,

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE

del verbale di aggiudicazione dei lavori per la ristrutturazione e l'adeguamento dei locali del plesso della Scuola media ed elementare, I stralcio, del Comune di Calamonaci, con il quale i lavori sono stati aggiudicati all'associazione temporanea di imprese fra la Società ***** s.r.l. e la Costruzioni ***** s.p.a.;

ove occorra, del bando di gara per l'aggiudicazione dei lavori per la ristrutturazione e l'adeguamento dei locali del plesso della Scuola media ed elementare, I stralcio, del Comune di Calamonaci;

ove occorra, della nota del Comune di Calamonaci prot. 6126 del 3 dicembre 2002;

di qualunque altro atto connesso agli atti e ai provvedimenti impugnati.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata, con le deduzioni difensive;

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente;

Visti gli atti tutti di causa

Vista l'ordinanza cautelare n. 55/2003 emessa da questa Sezione;

Designato Relatore il Referendario Giovanni Tulumello;

Uditi, alla pubblica udienza del 25 febbraio 2003, i procuratori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto.

FATTO

Con ricorso notificato il 23 dicembre 2002, e depositato il 2 gennaio 2003, la s.r.l. ***** (*****) chiedeva annullarsi i provvedimenti impugnati, deducendone l'illegittimità.

Esponeva, in particolare, la ricorrente di esser stata esclusa dalla gara d'appalto di che trattasi, per aver presentato, quale cauzione provvisoria, fideiussione bancaria e, per la cauzione definitiva, dichiarazione d'impegno della società assicuratrice *****

Ad avviso del seggio di gara, l'impegno a prestare la cauzione definitiva doveva essere assunto dal medesimo fideiussore che aveva rilasciato la garanzia provvisoria.

Deduceva pertanto l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione e falsa applicazione della l. 109/1994, della l.r. 7/2002, ed eccesso di potere sotto vari profili, nonché violazione e falsa applicazione del d.P.R. 554/1999 e della l. 241/1990.

Formulava altresì domanda risarcitoria nei confronti dell'amministrazione intimata in relazione al danno patito in conseguenza dell'esclusione dalla gara.

In data 13 gennaio 2003 si costituiva in giudizio, per resistere al ricorso, la controinteressata s.p.a. Costruzioni *****.

Con ordinanza n. 55/2003, questo Tribunale accoglieva la domanda cautelare di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati.

In vista dell'udienza la ricorrente produceva memoria.

Il ricorso era trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 25 febbraio 2003.

DIRITTO

La ricorrente si duole della clausola del bando di gara, e del provvedimento di esclusione della stessa dalla gara, emesso in applicazione di tale clausola, secondo la quale l'impegno di prestare la garanzia definitiva dovrebbe essere rilasciato dal fideiussore (istituto di credito) che ha rilasciato la garanzia provvisoria.

In particolare, l'art. 8, lett. a), del bando di gara prevede che la cauzione provvisoria consiste in una "fideiussione bancaria ai sensi dell'art. 30, comma 1 bis, della legge 109/94 e successive modificazioni nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7"; mentre alla successiva lettera b) si stabilisce che all'offerta dei concorrenti deve essere allegata una "dichiarazione di un istituto bancario contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione o polizza relativa alla cauzione definitiva, in favore della stazione appaltante valida fino a 180 giorni dalla data indicata al punto 6.1. del presente bando".

Il punto 6) del disciplinare di gara stabilisce poi che all'offerta deve esser allegata una "dichiarazione di un istituto bancario contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione bancaria ovvero una polizza assicurativa fideiussoria, relativa alla cauzione definitiva, in favore della stazione appaltante."

Nel verbale delle operazioni di gara si legge che l'odierna ricorrente "è stata esclusa in quanto non è stato allegato l'impegno del fideiussore a rilasciare cauzione definitiva in caso di aggiudicazione secondo quanto previsto al punto 8b) del bando di gara e al punto 6 del disciplinare di gara, essendo stata allegata polizza fidejussoria assicurativa rilasciata dalla compagnia RAS assicurazioni".

La normativa di rango primario, richiamata dal bando di gara, risultante dalla integrazione della legge quadro nazionale (l. 109/1994) ad opera della legge regionale 2 agosto 2002, n. 7, si caratterizza per l'aggiunta, nel corpo dell'art. 30 della legge quadro, di un comma 1-bis, il quale testualmente recita: "per i lavori d'importo a base d'asta inferiori alla soglia comunitaria e superiori a 150.000 euro la cauzione di cui al comma 1 è ridotta allo 0,50 per cento da prestarsi a mezzo di fideiussione bancaria (...).".

La disposizione in esame, dunque, disciplina la cauzione provvisoria, riducendone l'importo percentuale per una categoria di lavori di minore caratura economica, ma nel contempo restringendo le modalità di prestazione alla sola fideiussione bancaria (nell'evidente intento di rendere più selettiva, sul piano delle garanzie, la partecipazione delle imprese alle gare d'appalto di minore rilievo economico, così da operare una pre-selezione di fatto dell'interesse alla partecipazione e della serietà del relativo impegno).

Tale disposizione, peraltro, non ha né direttamente, né indirettamente, toccato l'istituto della cauzione definitiva, disciplinata dal comma 2 del citato art. 30, ai sensi del quale l'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia del 10 per cento dell'importo degli stessi: garanzia che,

secondo il successivo comma 2-bis, può consistere tanto in una “fidejussione bancaria” che in una “polizza assicurativa”.

L’equivoco sorge dal fatto che il primo comma dell’art. 30, nel prevedere che la cauzione provvisoria può consistere in una fideiussione bancaria od assicurativa (o rilasciata dagli intermediari finanziari autorizzati), prevede che l’offerta sia altresì accompagnata “dall’impegno del fidejussore” a rilasciare la garanzia definitiva, qualora l’offerente risultasse aggiudicatario.

Ne deriva che una lettura meramente letterale, che riferisse l’individuazione del fideiussore competente al rilascio della garanzia definitiva in colui (e solo in colui) che ha rilasciato la garanzia provvisoria, nell’ipotesi di cui al comma 1-bis produrrebbe la conseguenza di esigere, indirettamente e surrettiziamente, la fideiussione bancaria anche per la garanzia definitiva, sol perché “il” fideiussore che deve assumere l’impegno dovrebbe essere (necessariamente) identificato con “il” fideiussore (istituto di credito) che ha rilasciato la cauzione provvisoria.

Questa lettura del dato positivo non è condivisibile, almeno per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, come già si è osservato nella richiamata ordinanza cautelare, l’art. 30, comma 1-bis, prevede particolari modalità per la prestazione della cauzione provvisoria, da rilasciarsi (soltanto) mediante fideiussione bancaria, che in quanto eccezionali e limitative (della facoltà di partecipare alla gara), non possono che intendersi riferite esclusivamente alla fattispecie specificamente disciplinata, e non anche, in via d’interpretazione, alla successiva garanzia da prestarsi per il caso di aggiudicazione.

In secondo luogo, è palese il difetto di coordinamento fra il comma 1 (immodificato), ed il comma 1-bis (introdotto dal legislatore regionale) dell’art. 30 l. 109/1994: il comma 1, nel richiedere “l’impegno del fideiussore” a rilasciare la garanzia definitiva, non contemplava, nel momento in cui è stato redatto, l’esistenza di una successiva disposizione che restringesse la categoria dei fideiussori, per alcune opere, ai soli istituti di credito, sicché il riferimento al (e non ad un) fideiussore lascia comunque salva l’autonomia della parte nella scelta del garante nell’ambito dell’ampia previsione del medesimo comma 1.

Tanto ciò è vero che il legislatore regionale, resosi conto dei potenziali effetti dirompenti del rilevato difetto di coordinamento, vi ha successivamente posto rimedio, intervenendo (con l’art. 20, comma 1, della l.r. 19 maggio 2003, n. 7) sul comma 1 dell’art. 30, e stabilendo che le parole “dall’impegno del fideiussore” sono sostituite dalle parole “dall’impegno di un fideiussore”.

Questo successivo intervento del legislatore regionale, se contribuisce a coordinare con maggiore chiarezza le due disposizioni esaminate (commi 1 ed 1-bis dell’art. 30 l. 109/1994), indica peraltro una soluzione già raggiungibile in via interpretativa nel precedente quadro normativo, semplicemente limitando alla cauzione provvisoria la particolare, ed eccezionale, forma di aggravamento (e di limitazione) per essa, e solo per essa, prevista.

Pertanto, l’introduzione, nel corpo dell’art. 30 della legge quadro, del comma 1-bis, ad opera del legislatore siciliano, non ha alcuna refluenza sul regime della cauzione definitiva, che rimane disciplinata – quanto alle possibili forme che essa può assumere, e ai soggetti che possono impegnarsi a rilasciarla - dall’ampia previsione preesistente (sulla quale il legislatore regionale non è intervenuto: se non, successivamente, per ribadire il concetto qui sostenuto, ed evitare paradossali soluzioni che già si sarebbero potute escludere comunque in via interpretativa).

Conseguentemente, le non perspicue clausole del bando e del disciplinare sopra richiamate, che – a proposito della garanzia per l’ipotesi di aggiudicazione - si riferiscono indifferente sia alla “fideiussione bancaria” che alla “polizza assicurativa fideiussoria”, nella parte in cui richiedono che la cauzione definitiva costituisca oggetto della “dichiarazione di un istituto bancario”, da allegare all’offerta, si pongono in contrasto con la esaminata disciplina primaria, che invece non ha inteso irrigidire a tal punto le modalità di partecipazione alla gara d’appalto, né restringere in tal modo le relative facoltà delle imprese.

D’altra parte, se la legge lascia, in relazione alla cauzione definitiva, un certo margine di scelta – nei termini riferiti - all’autonomia privata delle imprese partecipanti, a garanzia delle relative valutazioni di convenienza economica, reputando evidentemente indifferente per l’interesse pubblico portato dall’amministrazione aggiudicatrice l’opzione in favore di una piuttosto che di un’altra delle alternative legalmente date, non può la legge della gara restringere alla sola fideiussione bancaria la modalità di prestazione della cauzione definitiva, senza ledere le posizioni soggettive dei concorrenti garantite dalla norma primaria.

Per tale ragione non può accedersi al rilievo della parte controinteressata, laddove afferma che una simile, più rigorosa richiesta, di produrre la “dichiarazione di un istituto bancario” (art. 8, lett. b, del bando), sarebbe “frutto di una scelta discrezionale dell’Amministrazione”: quest’ultima trova infatti un limite nelle garanzie dell’autonomia privata riconosciute direttamente dalla legge.

Conseguentemente, deve ritenersi illegittimo anche il provvedimento di esclusione impugnato, emanato sul presupposto delle richiamate clausole del bando e del disciplinare.

Appare pertanto assorbente la fondatezza del primo motivo di gravame.

I provvedimenti impugnati vanno pertanto annullati, per quanto di ragione.

Sussistono giusti motivi, anche in relazione alla novità delle questioni relative alla normativa regionale di recente introduzione, per la compensazione fra le parti costituite delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione seconda, accoglie il ricorso in epigrafe, e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati, nei limiti di cui in motivazione -----

Spese compensate.-----

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 25 febbraio 2003, con l’intervento dei signori magistrati:-----

Calogero Adamo, Presidente
Calogero Ferlisi, Consigliere
Giovanni Tulumello, Referendario, estensore.
Presidente_____

Estensore_____

Segretario_____

Depositata in Segreteria addì 31.7.03

Il Segretario A.Nalbone