

La funzione propria della cauzione provvisoria è assicurata , oltre che dalla quietanza rilasciata da una Tesoreria Provinciale e dello Stato ovvero da una polizza assicurativa o da una fideiussione bancaria, anche dalla presentazione di un assegno circolare (ancorchè una tale modalità non sia prevista nella lex specialis) che, a differenza dell'assegno bancario, costituisce un ordinario strumento di pagamento delle obbligazioni pecuniarie, in tutto e per tutto equivalente al versamento in contanti delle somme dovute

il Consiglio di Stato con la decisione numero 2399 del 28 aprile 2006 ci insegna che:

<in una gara d'appalto pubblico la presentazione delle offerte (tra cui le modalità della cauzione provvisoria) deve essere effettuata in scrupolosa osservanza del bando di gara e della lettera d'invito: pertanto la stazione appaltante non può legittimamente disattendere le norme che si è autoimposta, non avendo alcuna discrezionalità al riguardo>

ma

< la questione oggetto di controversia non riguarda semplicemente la (pacifica) difformità del modo di costituzione del deposito cauzionale provvisorio proposto dalla impresa (mediante assegno circolare) rispetto a quello indicato nella lettera d'invito, quanto proprio le stesse indicazioni di costituzione del deposito cauzionale provvisorio indicate nella lettera d'invito, ritenute illegittime in quanto sostanzialmente irragionevoli, nella parte in cui non hanno effettivamente previsto che la cauzione provvisoria potesse essere costituita anche a mezzo di un assegno circolare.>

vi è di più. Poichè .....

< in sede di gara di appalto la cauzione costituisce parte integrante della offerta e non un elemento di corredo della stessa ed ha, come ragione di essere, la finalità di garantire la serietà della partecipazione alla gara e l'adempimento dell'impegno a contrattare in caso di aggiudicazione>

pertanto....

**< non potendo negarsi che la funzione propria della cauzione era assicurata adeguatamente ed interamente anche dall'assegno circolare, non vi è dubbio che le prescrizioni della lettera d'invito, che la escludevano dal novero delle modalità di costituzione del deposito cauzionale provvisorio, erano illegittime ed irragionevoli (non risultando neppure aliunde le ragioni che potessero giustificare tale esclusione ovvero le limitazioni contenute nella lettera di invito alle modalità di costituzione della cauzione stessa).>**

a cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A - IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello iscritto al NRG 936 dell'anno 2006 proposto da \*\*\* SCHOOL di \*\*\* Francesco Antonio e C. s.a.s., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Cesare Caturani, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via A. Bertoloni n. 44;

contro

\*\*\* GROUP S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Galdieri, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Campello sul Clitunno, n. 20;

nonché

MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del ministro in carica, non costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia ope legis in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. I bis, n. 440 del 23 gennaio 2006;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della \*\*\* Group S.r.l. e del Ministero della Difesa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive tesi difensive;

Visto l'articolo 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visti tutti gli atti di causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 125 del 20 febbraio 2006;

Relatore alla udienza in camera di consiglio del 17 febbraio 2006 il consigliere Carlo Saltelli;

Uditi gli avvocati Manservisi, su delega dell'avvocato Caturani, Galdieri e Pampanelli (avvocato dello Stato) ed informati dell'intenzione della Sezione di decidere la causa direttamente nel merito;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

La Scuola Sottufficiali dell'Esercito di Viterbo bandiva una gara a licitazione privata per il servizio di insegnamento della lingua inglese ai frequentatori del 6° corso allievi marescialli per un importo a base d'asta presunto di € 164.840,00, IVA esente (deposito cauzionale provvisorio pari a € 8.242,00).

Per quanto qui interessa, fra i documenti per concorrere alla gara era richiesta (punto 4, lett. c) della lettera d'invito) "quietanza rilasciata da una Tesoreria Provinciale e dello Stato, comprovante l'avvenuto versamento, a titolo di deposito cauzionale provvisorio, della somma indicata in oggetto. Ai sensi dell'art. 1 della legge 10 giugno 1982, n. 348, e del decreto 18 marzo 1983 del Ministero dell'Industria Commercio e Artigianato, il deposito cauzionale potrà essere effettuato mediante polizza assicurativa rilasciata da società di assicurazione regolarmente autorizzata o fideiussione bancaria".

Alla predetta gara partecipavano la società \*\*\* School di \*\*\* Francesco Antonio e C. s.a.s. e la società \*\*\* Group S.r.l.: quest'ultima veniva esclusa per aver prodotto, ai fini della costituzione del deposito provvisorio, un assegno circolare in luogo della quietanza di una Tesoreria Provinciale dello Stato o della polizza assicurativa o della fideiussione bancaria.

Avvero detta esclusione (contenuta nel verbale di gara del 7 dicembre 2005, n. 1683 di repertorio) proponeva ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio la predetta \*\*\* Group S.r.l., chiedendone l'annullamento alla stregua di due motivi di censura, rubricati rispettivamente "Violazione dell'art. 54 del R.D. 25 maggio 1924, n. 827 (Regolamento di contabilità di Stato) della lettera d'invito nella parte in cui, al punto 4 lett. c), non consente di prestare la cauzione provvisoria mediante assegno circolare – Violazione e falsa applicazione del punto 4 lett. c) della lettera d'invito – Eccesso di potere per illogicità – Travisamento dei fatti – Irragionevolezza" e "Violazione art. 3 e 97 Cost. – Violazione principio di imparzialità e par condicio – Violazione del punto 4 lett. c) della lettera d'invito – Eccesso di potere – Travisamento dei fatti – Illogicità – Irragionevolezza".

In sintesi, ad avviso della società ricorrente, poiché la finalità della cauzione provvisoria era indubbiamente assicurata anche attraverso un assegno circolare, quest'ultimo era stato illegittimamente escluso dalla lettera d'invito come mezzo idoneo per prestare la cauzione; inoltre, sempre secondo la tesi della società ricorrente, l'amministrazione appaltante aveva ammesso alla gara la società controinteressata che, invece avrebbe dovuto anch'essa essere esclusa, in quanto la garanzia personale prodotta era priva delle dichiarazioni previste proprio dalla lex specialis.

L'adito Tribunale, nella resistenza del solo Ministero della Difesa, con la sentenza segnata in epigrafe, accoglieva il ricorso ed annullava l'impugnato verbale di gara del 7 dicembre 2005 (n. 1683 di repertorio), ritenendo effettivamente illegittima la disposizione della lettera di invito che aveva escluso l'assegno circolare dalle modalità idonee a costituire il deposito cauzionale provvisorio, con conseguente illegittimità dell'esclusione dalla gara della società \*\*\* Group S.r.l. (precisando che a seguito di tale annullamento l'amministrazione avrebbe dovuto rinnovare gli atti di gara a partire dal compimento delle operazioni di verifica della regolarità della costituzione del previsto deposito cauzionale provvisorio).

Avverso tale statuizione ha proposto appello la società \*\*\* School di \*\*\* Francesco Antonio e C. s.a.s., chiedendone la riforma alla stregua di due motivi di gravame.

Con il primo, rubricato "Contrasto con il punto 4 della lettera di invito – Carezza di motivazione – Travisamento – Violazione del principio di imparzialità e della par condicio dei concorrenti", la società ha rilevato che i primi giudici avevano completamente omesso di considerare le specifiche disposizioni contenute nella lettera d'invito, che stabilivano espressamente le modalità di costituzione della cauzione provvisoria, a pena di esclusione dalla gara, così che del tutto correttamente (ed in omaggio ai principi di par condicio e di imparzialità) era stata disposta l'esclusione dalla gara della società \*\*\* Group S.r.l., che non aveva rispettato dette modalità.

Con il secondo, lamentando "Falsa applicazione del R.D. n. 824/1924, nonché dell'art. 30 della legge n. 109/94 – Violazione del D.M. n. 583/1995 – Erroneità e comunque insufficienza della motivazione – Difetto di istruttoria – Violazione della lettera di invito e del principio di imparzialità", la società appellante ha sottolineato che le specifiche disposizioni relative alla gara in esame (disposizioni speciali rispetto a quelle contenute nell'art. 54 del R.D. n. 827 del 1924 e che, comunque, non poteva essere sic et simpliciter interpretata nel senso di consentire l'utilizzazione dell'assegno circolare quale mezzo di costituzione del deposito cauzionale) escludevano il ricorso

all'assegno circolare quale mezzo di costituzione del deposito cauzionale provvisorio, salva l'esistenza di puntuali presupposti e circostanze eccezionali che non si erano verificate in concreto.

La Società \*\*\* Group S.r.l. si è costituita in giudizio, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, di cui ha chiesto il rigetto.

Anche il Ministero della Difesa ha chiesto il rigetto del gravame, aderendo ai motivi di doglianza spiegati con l'appello.

Con decreto n. 674 del 10 febbraio 1996 è stata respinta la richiesta di misure cautelari provvisorie ed è stata fissata l'udienza in camera di consiglio del 17 febbraio 2006 per l'esame della domanda cautelare nel rispetto del contraddittorio tra le parti.

A tale udienza, stante l'integrità del contraddittorio e la completezza dell'istruttoria, la Sezione ha informato le parti presenti dell'intenzione di decidere la causa direttamente nel merito.

## DIRITTO

I. L'appello è infondato e deve essere respinto.

I.1. Non è revocabile in dubbio che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è alcun motivo per discostarsi, in una gara d'appalto pubblico la presentazione delle offerte deve essere effettuata in scrupolosa osservanza del bando di gara e della lettera d'invito e che la stazione appaltante non può legittimamente disattendere, non avendo alcuna discrezionalità al riguardo (C.d.S., sez. IV, 5 aprile 2005, n. 1519) e dovendo garantire la par condicio di tutti i concorrenti (C.d.S., sez. V, 17 maggio 2005, n. 2465), potendo ammettersi, per contro, che solo in caso di un'equivoca formulazione della lettera d'invito o del bando di gara le relative prescrizioni possano essere oggetto di una interpretazione idonea ad assicurare un ragionevole ed effettivo adempimento dei loro contenuti (nella prospettiva di garantire l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione possibile di concorrenti, onde realizzare l'interesse dell'amministrazione a stipulare il contratto alle migliori condizioni possibili).

Tuttavia la Sezione deve rilevare che, contrariamente a quanto dedotto dalla società appellante, la questione oggetto di controversia non riguarda semplicemente la (pacifica) difformità del modo di costituzione del deposito cauzionale provvisorio proposto dalla \*\*\* Group S.r.l. (mediante assegno circolare) rispetto a quello indicato nella lettera d'invito, quanto proprio le stesse indicazioni di costituzione del deposito cauzionale provvisorio indicate nella lettera d'invito, ritenute illegittime in quanto sostanzialmente irragionevoli, nella parte in cui non hanno effettivamente previsto che la cauzione provvisoria potesse essere costituita anche a mezzo di un assegno circolare.

I.2. Sotto tale profilo, la sentenza impugnata non merita le censure che le sono state rivolte.

Com'è noto, in sede di gara di appalto la cauzione costituisce parte integrante della offerta e non un elemento di corredo della stessa ed ha, come ragione di essere, la finalità di garantire la serietà della partecipazione alla gara e l'adempimento dell'impegno a contrattare in caso di aggiudicazione (C.d.S., sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7380; sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843).

Tale funzione è ugualmente assicurata, oltre che dalla quietanza rilasciata da una Tesoreria Provinciale e dello Stato ovvero da una polizza assicurativa o da una fideiussione bancaria (come previsto dal punto 4, lett. c) della lettera d'invito alla gara in questione), anche dalla presentazione

di un assegno circolare che, a differenza dell'assegno bancario, costituisce un ordinario strumento di pagamento delle obbligazioni pecuniarie, in tutto e per tutto equivalente al versamento in contanti delle somme dovute (C.G.A., 4 luglio 2000, n. 328).

D'altra parte, secondo un orientamento della Suprema Corte di Cassazione (7 luglio 2003, n. 10695; 10 febbraio 1998, n. 1351; 13 gennaio 1982, n. 186) la consegna di assegni circolari, pur non equivalendo direttamente al pagamento a mezzo di somme di danaro, estingue l'obbligazione quando il rifiuto del creditore appare contrario alle regole di correttezza che gli impongono l'obbligo di prestare la sua collaborazione all'adempimento dell'obbligazione a norma dell'art. 1175 C.C.; la stessa natura dell'assegno circolare assicura al legittimo portatore la sicurezza di conseguire la somma di danaro in esso indicata, così che, salvo che non vi siano dubbi sulla sua regolarità o autenticità ovvero salvo che non vi sia un apprezzabile interesse a ricevere il danaro in contanti, anziché in titoli, l'assegno circolare estingue l'obbligazione.

Nel caso di specie, pertanto, non potendo negarsi che la funzione propria della cauzione era assicurata adeguatamente ed interamente anche dall'assegno circolare, non vi è dubbio che le prescrizioni della lettera d'invito, che la escludevano dal novero delle modalità di costituzione del deposito cauzionale provvisorio, erano illegittime ed irragionevoli (non risultando neppure aliunde le ragioni che potessero giustificare tale esclusione ovvero le limitazioni contenute nella lettera di invito alle modalità di costituzione della cauzione stessa).

Ciò tanto più se si tiene conto che non solo, come puntualmente rilevato dai primi giudici, la norma generale in materia, contenuta nell'articolo 54 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, prevede che la cauzione possa essere prestata alternativamente in numerario, in titoli di stato o garantito dallo Stato o a mezzo di fideiussione, per quanto le stesse particolari norme di settore, indicate dalla società appellante, non escludono assolutamente la possibilità di costituire depositi cauzionali con modalità diverse da quelle stabilite nella lettera d'invito.

A ciò deve essere aggiunto che, come già accennato, non risultano in alcun modo provate e motivate le specifiche stringenti e pertinenti esigenze (inerenti al servizio oggetto della gara in questione) che avrebbero giustificato eventualmente le (sole) modalità di costituzione del deposito cauzionale provvisorio indicate nella lettera di invito.

II. In conclusione l'appello deve essere respinto.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da \*\*\* School di \*\*\* Francesco Antonio e C. s.a.s. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I bis, n. 440 del 23 gennaio 2006, così provvede:

Respinge l'appello;

Dichiara compensate le spese del presente grado di giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17 febbraio 2006, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 28 aprile 2006