

Il Consiglio di Stato, in contrasto con il giudice di prime cure, annulla un'aggiudicazione di una ditta la cui cauzione provvisoria non era accompagnata da valida dichiarazione di impegno, da parte del fideiussore, a sottoscrivere la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione: riconosciuto il risarcimento del danno per equivalente nella misura del cinque per cento della base d'asta al netto del ribasso.

L'articolo 30 della Legge Merloni, modificato da più leggi successive e richiamato dal bando di gara, prevede che il concorrente alla gara per l'appalto dell'opera pubblica produca, con la cauzione provvisoria o la corrispondente polizza fideiussoria (destinata a garantire l'amministrazione contro la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario), l'impegno incondizionato, assunto nei confronti del concorrente da un soggetto professionalmente abilitato a rilasciare garanzie, a rilasciare polizza fideiussoria definitiva (destinata a garantire l'amministrazione per l'adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore) nel caso in cui il concorrente vinca la gara e divenga appaltatore

La dichiarazione serve a dare all'amministrazione un ragionevole affidamento sul fatto che tutta l'attività amministrativa di scelta del contraente non venga spesa inutilmente e conduca alla stipulazione dell'appalto

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4642 del 9 settembre 2005, si occupa di una controversia relativa alla mancanza da parte di una polizza provvisoria, di adeguata dichiarazione da parte del fideiussore, di impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, la successiva cauzione definitiva.

Così il giudizio sui fatti sottoposti al Supremo giudice amministrativo:

< L'assicuratore aveva rilasciato all'aggiudicatario una dichiarazione, conforme a quanto richiesto dalla legge e dal bando, da produrre per la partecipazione alla gara, e una controdeklarazione con la quale si esonerava dalla stipulazione della fideiussione definitiva nel caso che la ditta assicurata si fosse trovata in determinate condizioni.

La controdeklarazione aggiungeva che la ditta obbligata, se non fosse riuscita ad ottenere da altri la polizza definitiva, avrebbe comunicato all'amministrazione aggiudicatrice la propria indisponibilità alla sottoscrizione del contratto d'appalto; ossia l'assicuratore si rendeva perfettamente conto del fatto che il suo rifiuto avrebbe potuto impedire l'aggiudicazione o la stipulazione dell'appalto.

La futura aggiudicatario aveva prodotto entrambe le dichiarazioni, sicché il comune aveva nelle mani la prova dell'inesistenza dell'impegno, o almeno che l'impegno era condizionato, e di conseguenza avrebbe dovuto escludere la ditta dalla gara; al quale riguardo la distinzione tra impegno interno con la contraente e impegno verso l'amministrazione, introdotta dalla sentenza impugnata, avrebbe avuto significato solo nel caso in cui la controdeklarazione non fosse stata portata a conoscenza dell'Amministrazione, che pertanto solo in tal caso avrebbe potuto invocare a suo favore l'inopponibilità della controdeklarazione stessa.

Essendo nella specie la controdeklarazione opponibile all'Amministrazione, l'impegno richiesto non c'era>

Di conseguenza

< L'aggiudicazione va quindi annullata.

Va pure accolta la domanda di risarcimento del danno, non esistendo circostanze che potessero rendere dubbio l'obbligo d'esclusione. Il risarcimento non può essere che pecuniario, dal momento che l'opera è già stata realizzata; e il Collegio stima equo determinarlo nella misura del cinque per cento della base d'asta al netto del ribasso>

Da parte nostra solo un'osservazione:

attualmente, poiché dal 24 maggio 2004 è entrato in vigore il dm 123/2004 sulle polizze tipo, il problema sottoposto ai giudici di Palazzo Spada non si dovrebbe sottoporre negli stessi termini in quanto le polizze tipo già prevedono, al loro interno, l'impegno del fideiussore, incondizionato, a sottoscrivere la successiva cauzione definitiva.

Ma l'emarginata sentenza ci da un ulteriore spunto di riflessione!

Il citato dm 123/2004 sotto alcuni aspetti presenta alcune carenze: attenzione se negli allegati che non vengono presentati all'Amministrazione ci fosse presente alcuna limitazione di responsabilità del fideiussore, tali clausole, come nella fattispecie in esame, non sarebbero opponibili alla pa in quanto non conosciute!!!!!!

Quale sarà l'epilogo??

Sfortunatamente per il Responsabile del IV settore del comune, non passerà molto tempo prima che il Procuratore Regionale della Corte dei Conti lo interroghi sui fatti: c'è da augurarsi che nel caso in esame, state la complessità della materia, il giudice contabile accetti la tesi dell'errore scusabile!

A cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. 3561/2004 proposto dalle società a responsabilità limitata "\*\*\*\*\*", con sede in Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore signora Patrizia \*\*\*\*\*, e "\*\*\*\*\* INFISSI", con sede in Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore signor Stefano \*\*\*\*\*, rappresentate e difese dagli avvocati Stefano Astorri, Daniela Gobbi e Lorenzo Grisostomi Travaglini e domiciliate presso il primo in Roma, via Alessandro Torlonia n. 33;

contro

il comune di GRANAROLO DELL'EMILIA, costituitosi in giudizio in persona del sindaco pro tempore Alessandro Ricci, rappresentato e difeso dagli avvocati Emanuela Pastore Stocchi, Andrea Corinaldesi e Alberto Mischi e domiciliato presso la prima in Roma, via Lucio Afranio 23;

e nei confronti

del Responsabile del IV settore del comune di Granarolo dell'Emilia, in persona del legale rappresentante pro tempore,

della società a responsabilità limitata "EDILE \*\*\*\*\*", in persona del legale rappresentante pro tempore con sede in Granarolo dell'Emilia, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza 16 dicembre 2003 n. 697, con la quale il tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sede di Bologna seconda sezione, ha respinto il ricorso contro il provvedimento del comune di Granarolo dell'Emilia 12 giugno 2003 n. 531, di aggiudicazione alla società Edile \*\*\*\*\*, in esito a gara, dell'appalto per l'ampliamento e l'ammodernamento del palazzo comunale dello sport.

Visto il ricorso in appello, notificato l'8 e depositato il 20 aprile 2004;

visto il controricorso del comune di Granarolo dell'Emilia, depositato il 20 maggio 2004;

viste le ulteriori memorie difensive presentate dalle parti;

visti gli atti tutti della causa;

relatore, all'udienza del 22 febbraio 2005, il consigliere Raffaele Carboni, e uditi altresì gli avvocati Grisostomi Travaglini e Pastore Sticchi;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Il comune di Granarolo dell'Emilia con provvedimento 17 aprile 2003 n. 388 ha indetto una gara per l'opera pubblica sopra indicata. Il bando prevedeva la prestazione di cauzione provvisoria o, preferibilmente, la produzione di polizza fideiussoria ai sensi dell'articolo 30 della legge sui lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109; nonché la produzione di una dichiarazione con la quale un soggetto abilitato all'emissione di polizze fideiussorie ai sensi del citato articolo 30 s'impegnasse a rilasciare, in caso d'aggiudicazione al concorrente, «fideiussione o polizza come cauzione definitiva». In esito alla gara l'appalto è stato aggiudicato alla società Edile \*\*\*\*\*. Le società \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* Infissi (d'ora in poi anche solo: \*\*\*\*\*) con ricorso al tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna notificato il 26 giugno 2003 hanno impugnato l'aggiudicazione, deducendone l'illegittimità con tre motivi di ricorso e chiedendo che il comune fosse condannato al risarcimento del danno. Con il terzo motivo, che solo interessa nel presente grado, ha dedotto la violazione del citato articolo 30, nonché dell'articolo 100 del regolamento di esecuzione della legge n. 109 del 1994 emanato con decreto del presidente della repubblica 21 dicembre 1999 n. 554, perché la polizza fideiussoria n. 3809200854727 rilasciata dalla società assicuratrice \*\*\*\* Assicurazioni a Edile \*\*\*\*\*, e da quest'ultima prodotta per la partecipazione alla gara, conteneva la facoltà del fideiussore di rifiutare, in caso d'aggiudicazione, la fideiussione definitiva. In corso di causa il comune ha prodotto una dichiarazione del fideiussore conforme a quanto richiesto dalle disposizioni citate, ossia con impegno del fideiussore a prestare eventualmente garanzia definitiva in caso d'aggiudicazione, e diversa da quella prodotta dalle ricorrenti e che queste ultime avevano reperito nella documentazione di gara loro messa a disposizione dal comune. Esperita ulteriore istruttoria, si è chiarito che Edile \*\*\*\*\* aveva prodotto due dichiarazioni allegate alla polizza (entrambe in atti): una "per l'assicurato", ossia per il creditore, da produrre in gara, un'altra "per il contraente", ossia per il debitore garantito, del seguente tenore: «Fermo restando il contenuto reso dalla Società a termini dell'art. 30.1 L. 109/94, si dà atto che la Società potrà, in caso di aggiudicazione da parte del Contraente, rifiutare l'emissione della cauzione definitiva qualora ...» (seguono i casi che legittimano l'assicuratore al rifiuto); il testo aggiunge che il contraente aggiudicatario, per il quale l'assicuratore rifiuta la garanzia definitiva e che non riesca a conseguire

da altri la polizza definitiva, avrebbe comunicato all'ente (cioè all'amministrazione aggiudicatrice) la propria indisponibilità alla sottoscrizione del contratto d'appalto. La commissione giudicatrice, accortasi dei due differenti allegati, ha ritenuto che la copia per il contraente, diretta appunto a regolare i rapporti tra fideiussore e concorrente garantito, fosse stata erroneamente prodotta in gara e non avesse rilievo.

Il tribunale amministrativo regionale con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto il ricorso, giudicandone infondati i motivi. In particolare, ha respinto il terzo motivo, stabilendo che la commissione giudicatrice avesse ben operato, valutando, ai fini dell'ammissione alla gara, la sola copia della polizza fideiussoria diretta a regolare l'impegno della società assicuratrice con la stazione appaltante.

Appella \*\*\*\*\* censurando, con dovizie di argomentazioni, il capo della sentenza che ha respinto il terzo motivo del ricorso di primo grado e riproponendo la domanda di risarcimento del danno.

## DIRITTO

L'articolo 30 della legge sui lavori pubblici 11 febbraio 1994 n. 109, modificato da più leggi successive e richiamato dal bando di gara, prevede che il concorrente alla gara per l'appalto dell'opera pubblica produca, con la cauzione provvisoria o la corrispondente polizza fideiussoria (destinata a garantire l'amministrazione contro la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario), l'impegno incondizionato, assunto nei confronti del concorrente da un soggetto professionalmente abilitato a rilasciare garanzie, a rilasciare polizza fideiussoria definitiva (destinata a garantire l'amministrazione per l'adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore) nel caso in cui il concorrente vinca la gara e divenga appaltatore. La dichiarazione serve a dare all'amministrazione un ragionevole affidamento sul fatto che tutta l'attività amministrativa di scelta del contraente non venga spesa inutilmente e conduca alla stipulazione dell'appalto. Nel caso in esame, l'assicuratore aveva rilasciato a Edile \*\*\*\*\* una dichiarazione, conforme a quanto richiesto dalla legge e dal bando, da produrre per la partecipazione alla gara, e una controdeklarazione con la quale si esonerava dalla stipulazione della fideiussione definitiva nel caso che Edile Pasquale si fosse trovata in determinate condizioni. La controdeklarazione aggiungeva che Edile \*\*\*\*\*, se non fosse riuscita ad ottenere da altri la polizza definitiva, avrebbe comunicato all'amministrazione aggiudicatrice la propria indisponibilità alla sottoscrizione del contratto d'appalto; ossia l'assicuratore si rendeva perfettamente conto del fatto che il suo rifiuto avrebbe potuto impedire l'aggiudicazione o la stipulazione dell'appalto. Edile \*\*\*\*\* aveva prodotto entrambe le dichiarazioni, sicché il comune aveva nelle mani la prova dell'inesistenza dell'impegno, o almeno che l'impegno era condizionato, e di conseguenza avrebbe dovuto escludere Edile Pasquale dalla gara; al quale riguardo la distinzione tra impegno interno con la contraente e impegno verso l'amministrazione, introdotta dalla sentenza impugnata, avrebbe avuto significato solo nel caso in cui la controdeklarazione non fosse stata portata a conoscenza dell'Amministrazione, che pertanto solo in tal caso avrebbe potuto invocare a suo favore l'inopponibilità della controdeklarazione stessa. Essendo nella specie la controdeklarazione opponibile all'Amministrazione, l'impegno richiesto non c'era.

L'aggiudicazione a Edile \*\*\*\*\* va quindi annullata. Va pure accolta la domanda di risarcimento del danno, non esistendo circostanze che potessero rendere dubbio l'obbligo d'esclusione. Il risarcimento non può essere che pecuniario, dal momento che l'opera è già stata realizzata; e il Collegio stima equo determinarlo nella misura del cinque per cento della base d'asta al netto del ribasso. Non possono essere incluse nel risarcimento le spese di partecipazione alla gara, che l'appellante ha dichiarato di non poter determinare precisamente; dal momento che non è

stata indicata neppure l'entità approssimativa di tale voce; ancor più generica, e di conseguenza anch'essa da respingere, è la domanda di liquidare una somma per il "pregiudizio correlato alla impossibilità di far valere nelle future contrattazioni il requisito economico legato alla esecuzione dei lavori".

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in complessivi € 3.000.00 per entrambi i gradi di giudizio.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, sezione quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe, e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla l'aggiudicazione impugnata in primo grado. Condanna il comune di Granarolo dell'Emilia a risarcire le società appellanti il danno da mancata aggiudicazione dell'appalto, nella misura del cinque per cento della base d'asta al netto del ribasso. Condanna il comune di Granarolo dell'Emilia e la società Edile \*\*\*\*\*, in solido tra loro, al pagamento delle spese di giudizio dei due gradi, liquidate, complessivamente, in quattromilacinquecento euro.

Ordina al comune di Granarolo dell'Emilia di dare esecuzione alla presente decisione.

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio del 22 e 28 febbraio 2005, dal collegio costituito dai signori:

Agostino Elefante presidente

Raffaele Carboni componente estensore

Chiarenza Millemaggi Cogliani componente

Paolo Buonvino componente

Cesare Lamberti componente

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Carboni f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9 settembre 2005

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

N°. RIC .3561//2004

FDG