

Le cauzioni continuano a far parlare i giudici amministrativi

Con la decisione numero 5843 del 16 novembre 2001 , in tema di appalti di servizi, Il Consiglio di Stato esprime un conciso, ma efficace parere in merito alla funzione della cauzione provvisoria negli appalti pubblici.

A differenza della la cauzione definitiva (dovuta solo dall'aggiudicatario a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto) i giudici di Palazzo Spada sottolineano che lo scopo della cauzione provvisoria (dovuta da tutti i partecipanti alla gara a sostegno della serietà e congruenza dell'offerta), di cui deve essere corredata l'offerta, risiede nel garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara.

Tale garanzia deve inoltre essere considerata, ai fini dell'ammissione, come una condizione vincolante e permanente fino all'aggiudicazione.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2001
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello 956/2001 proposto da ***** società cooperativa a r.l.,

contro

il Comune di Brembate di Sopra;

e nei confronti

della Casa di riposo Villa Serena e Cooperativa ***** S.c.a.r.l. non costituitesi in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia n. 683 pubblicata mediante deposito il 5 settembre 2000

Visto l'appello con i relativi allegati:

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale del Comune di Brembate di Sopra;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese:

Visti gli atti tutti di causa;

Nominato relatore per l'udienza del 16 ottobre 2001 il Consigliere Filoreto D'Agostino e uditi, altresì, per le parti l'Avv. Lentini, su delega dell'Avv. Losa, e l'Avv. Scarnati;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue

Ritenuto in fatto

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza in epigrafe indicata con la quale il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia ha respinto il ricorso della ***** s.c.a.r.l. diretto all'annullamento della deliberazione della Giunta comunale di Brembate di Sopra n. 434 del 26 giugno 1996 recante aggiudicazione dell'appalto di fornitura del servizio di "integrazione del personale A.S.A. per il periodo 1 luglio 1995 – 30 giugno 1998 presso la locale Casa di riposo" e di ogni altro atto preordinato e connesso e segnatamente del verbale d'asta in data 23 giugno 1995, nella parte in cui disponeva l'esclusione della odierna appellante dalla partecipazione alla gara e, occorrendo, del bando di gara dell'11 maggio 1995.

L'amministrazione comunale di Brembate di Sopra si è costituita in giudizio e ha dispiegato appello incidentale sul capo della sentenza di prime cure che ha disposto la compensazione delle spese del giudizio.

All'udienza del 16 ottobre 2001 parti e causa sono state assegnate in decisione.

Considerato in diritto

L'appello è infondato.

La questione fondamentale, prospettata nel gravame, è la seguente: se, ai sensi dell'articolo 5, comma primo della legge 8 ottobre 1984, n. 687 fosse o meno dovuta la cauzione provvisoria anche nei procedimenti concorsuali per l'affidamento di forniture e servizi.

La disposizione così recitava: "Nei procedimenti concorsuali per l'affidamento dei pubblici appalti non è dovuta la cauzione provvisoria prevista dall'articolo 332 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, dall'articolo 2 del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063, e da ogni altra disposizione."

A favore della tesi dell'appellante, che estende il su riportato precetto anche ai pubblici appalti per forniture e servizi, possono richiamarsi due argomenti di ordine letterale:

il primo si desume dalla rubrica della legge n. 687 del 1984, che, recando "modifiche delle leggi 10 dicembre 1981, n. 741, 8 agosto 1977, n. 584, 2 febbraio 1973, n. 1, e di norme in materia di cauzione provvisoria e di pubblicità", lasciava intravedere l'introduzione nell'ordinamento di un duplice corpus di norme, l'uno di stretta attinenza ai lavori pubblici per l'esplicito riferimento alle modifiche di leggi di settore quali sopra indicate e l'altro di più generale portata, come la generica formulazione di norme in materia di cauzione provvisoria e di pubblicità avrebbe consentito di arguire,

il secondo si trova nel corpo della disposizione in esame, essendo ben evidente che sia il riferimento generico alle procedure di pubblici appalti sia la previsione di chiusura contenuta all'espressione "e da ogni altra disposizione" sicuramente militano a favore della generale estensione del precetto a tutte le gare, riguardino esse lavori pubblici, forniture o servizi.

Si tratta, tuttavia, di argomenti assolutamente non decisivi e resi perplessi da ulteriori considerazioni. Si osserva, infatti:

la formula generale contenuta nella rubrica della legge può spiegarsi agevolmente con la necessità di non aggravare ulteriormente il testo, nel quale sono citate le modificazioni specifiche a ben tre leggi, pur nell'ambito di una disciplina innovativa relativa solo ai lavori pubblici. Nella rubrica, in altre parole, il legislatore ha preferito limitarsi a indicare solo i provvedimenti di settore espressamente modificati, anche se la disciplina conteneva, in concreto, ulteriori innovazioni sempre relative alla stessa materia. Anche questa interpretazione si rivela plausibile e coerente con il quadro normativo sull'assorbente considerazione che tutte le altre undici disposizioni di cui si compone il testo legislativo in esame disciplinano esclusivamente la materia dei lavori pubblici;

i contenuti precettivi dello stesso articolo 5 della legge 8 ottobre 1984, n. 687, i cui commi successivi al primo regolano le ipotesi di aggiudicazione a soggetto iscritto (o non ancora iscritto) all'albo nazionale dei costruttori di cui alla legge 10 febbraio 1962, n. 57, relative, cioè, alla tipica materia dei lavori pubblici;

la stessa formulazione letterale della disposizione che, prima della previsione di chiusura, indica alcune norme che innova, cioè l'articolo 332 della legge 20 marzo 1865, n.2248 allegato F, l'articolo 2 del capitolato generale per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici approvato con decreto del Presidente della Repubblica 16 luglio 1962, n. 1063, prospettando così una casistica di riferimento univocamente orientata ai lavori pubblici.

Alla stregua di tali considerazioni, anche l'interpretazione sistematica dell'articolo 5 della legge n. 687 del 1984 collide con un'estensione della norma a ipotesi diverse da quelle del contesto unitariamente considerato della legge stessa e non consente, per l'effetto, di ritenerla applicabile alle fattispecie di appalti di forniture e di servizi.

Ulteriore conferma è data dalla abrogazione della legge 8 ottobre 1984, n. 687 a opera dell'articolo 231, comma 1 lettera t) del decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, recante il regolamento di attuazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici e successive modificazioni: ora è evidente che se la norma abrogativa si rinviene in un testo relativo esclusivamente a quella materia, ne discende come l'intera disciplina abrogata dovesse avere (anche nella mens del legislatore: vedi articolo 30 della legge 11 febbraio 1994, n. 109) per oggetto quest'ultima.

Dalla ritenuta non applicabilità all'appalto in questione della norma alla fattispecie di appalto di servizi, dal quale scaturisce la vicenda contenziosa, derivano con ogni evidenza le conseguenze nitidamente esposte nella sentenza impugnata. In particolare:

non assume rilievo, ai fini del decidere, la disciplina comunitaria introdotta con decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, in attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di servizi, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 104 del 6 maggio 1995 e entrato in vigore il successivo quindicesimo giorno, cioè circa dieci giorni dopo l'emissione del bando di gara, per cui è controversia, che data 11 maggio 1995: infatti, in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la Pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della gara e non può essere disapplicato nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens* (C.d.S., V, 11 maggio 1998, n. 224);

in sede di gara per appalti pubblici, la cauzione di cui deve essere corredata l'offerta, costituisce, ai fini dell'ammissione, una condizione vincolante e permanente fino all'aggiudicazione, posto che la cauzione stessa è intesa a garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche, e in primo luogo, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, per cui legittimamente è stata disposta l'esclusione della cooperativa appellante, che non aveva fornito quel fondamentale elemento di valutazione, pure richiesto in bando (C.d.S., V, 18 maggio 1998, n. 128);

le clausole del bando rivolte a assicurare la serietà e correttezza del procedimento di gara sono evidentemente ispirate al mantenimento della *par condicio* dei concorrenti;

in sede di aggiudicazione dei contratti della Pubblica Amministrazione, l'inosservanza delle prescrizioni del bando o della lettera di invito circa le modalità di presentazione delle offerte implica l'esclusione dalla gara quando si tratti, come nel caso di specie, di prescrizioni sia rispondenti a un particolare interesse dell'Amministrazione appaltante sia poste a garanzia, secondo quanto osservato, della *par condicio* dei concorrenti (C.d.S., IV, 20 novembre 1998, n. 1619);

il principio ermeneutico da osservare nell'ipotesi che la *lex specialis* della gara non indichi in modo espresso l'essenzialità di una propria prescrizione e il conseguente effetto esclusivo nei confronti dei concorrenti che non vi ottemperino è, in definitiva, quello teleologico, attesa la peculiare funzione assegnata alla clausola in esame rispetto ai criteri che presidiano le procedure a evidenza pubblica;

ne deriva che il metodo esegetico favorevole alla più numerosa partecipazione alla gara per consentire la selezione tra un più ampio ventaglio di offerte deve considerarsi recessivo tutte le volte che, attraverso quella interpretazione, si determini un obiettivo *vulnus* dei principi che attengono al rispetto delle condizioni relative alla serietà e correttezza della procedura e alla *par condicio* dei concorrenti.

E', infine, erronea la deduzione contenuta nel quinto motivo, secondo il quale la richiesta della cauzione indicata nel bando si riferisce alla fase successiva allo svolgimento della gara e presuppone l'aggiudicazione.

Dalla piana lettura degli atti emerge, infatti, come l'appellante confonda la cauzione provvisoria (dovuta da tutti i partecipanti alla gara a sostegno della serietà e congruenza dell'offerta) con la cauzione definitiva (dovuta solo dall'aggiudicatario a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto).

Anche l'appello incidentale autonomo, incentrato sulla mancata condanna di parte soccombente in primo grado alle spese del giudizio, è infondato.

La Sezione richiama, per semplicità argomentativa, i principi stabiliti con propria decisione n. 3364 del 25 giugno 2001 e osserva come la questione sottoposta al giudizio di primo grado e qui riesaminata fosse sostanzialmente nuova, quanto meno nella particolare prospettazione di parte ricorrente, e come probabilmente la vertenza non sarebbe stata neppure instaurata se il Comune appellato avesse usato maggiore cura nella redazione degli atti della gara, le cui clausole poco chiare hanno comportato dubbi, perplessità e articolate ricostruzioni esegetiche.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese anche di questa fase del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta respinge l'appello principale e l'appello incidentale autonomo.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma addì 16 ottobre 2001 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quinta

Giova ricordare che il dettato dell'attuale Legge Merloni (primo comma dell'articolo 30 della Legge 109/94 s.m.i.) in materia di appalti pubblici di lavori, ha esteso l'ambito di operatività della garanzia provvisoria così come disciplinato dalla normativa oggetto dell'emarginata decisione.

E' infatti prevista una doppia operatività a seconda che l'impresa sia non aggiudicataria oppure seconda classificata (e quindi compresa nel novero dei non aggiudicatari) oppure sia risultata vincente.

La norma prevede infatti che ai non aggiudicatari la cauzione debba svincolarsi a trenta giorni dall'aggiudicazione e quindi la polizza debba spiegare i propri effetti, diversamente dalla fattispecie che ci occupa, ancora per un mese dopo la conclusione delle procedure di gara.

La *ratio* di questa scelta legislativa trova fondamento nel contenuto dell'articolo 10 comma 1 quater della Legge 109/94 s.m.i. nella parte in cui impone alle Stazioni appaltanti, la verifica del possesso dei requisiti di ordine speciale richiesti nella *lex specialis* del bando di gara, anche al primo e al secondo classificato (oltre al precedente minimo 10% delle imprese ammesse alla procedura).

Ove queste imprese non fossero in grado di dimostrare di avere le caratteristiche idonee, l'Amministrazione committente ha tutti i poteri per escutere la garanzia provvisoria.

All'aggiudicatario invece la cauzione viene svincolata, senza soluzione di continuità rispetto alla successiva cauzione definitiva, all'atto di stipulazione del contratto.

Quindi anche in questa seconda fattispecie, la liberazione del fideiussore avverrà ben dopo l'aggiudicazione, se si considera che la materiale sottoscrizione del contratto può avvenire ben 60 giorni dopo l'aggiudicazione.

Anche questa differenziazione ha la sua ragione di esistere: la polizza provvisoria infatti, essendo a copertura della sottoscrizione del contratto, garantisce fino a tale atto, la capacità giuridica del soggetto a contrarre con la pubblica amministrazione e quindi, esplicitamente, in caso di cause di esclusione sopravvenute, la Stazione appaltante ha diritto ad ottenere l'adempimento da parte del garante.

A ragione quindi la polizza provvisoria è a copertura di tutti "gli obblighi e oneri relativi alla partecipazione" e dal momento che all'atto della sua emissione, il fideiussore si impegna altresì a sottoscrivere, in caso il proprio contraente vinca la gara, anche la cauzione definitiva (pari come minimo al 10% dell'importo dei lavori aggiudicati), la sua assunzione dovrebbe essere considerata, da un attento operatore assicurativo, come il momento di maggior criticità di tutto il procedimento assuntivo (compresa l'eventuale emissione della polizza CAR la cui mancata presentazione può essere fonte di inadempimento contrattuale e quindi di escussione della cauzione definitiva).