

Nel caso in cui la formulazione sulle disposizioni tassative circa le modalità con cui deve essere prestata la garanzia provvisoria, il cui scopo è fornire un'adeguata tutela delle ragioni della stazione appaltante, sia chiara, l'offerente non ha alcun margine di opinabilità, né all'Amministrazione appaltante viene lasciato alcun margine di discrezionalità, nel senso che una fideiussione o polizza priva dei requisiti (sostanziali e temporali) voluti dalla legge non può costituire adempimento dell'onere posto a carico del partecipante alla gara di corredare la propria offerta con una specifica garanzia

Molto interessante appare la fattispecie sottoposta al Tar Sicilia, Palermo, e decisa nella sentenza numero 951 del 6 giugno 2005.

In tale circostanza infatti l'adito giudice amministrativo non reputa corretta la presentazione di una cauzione provvisoria che reca i seguenti limiti all'emissione della definitiva:

<la cauzione provvisoria, nella quale le parti convenivano, in apposita appendice, che detta società, in caso di aggiudicazione della gara da parte dell'ATI, potesse " rifiutare l'emissione della cauzione definitiva" qualora dopo il rilascio della polizza si fosse verificata una delle seguenti ipotesi:

-“ Rilevazione di protesti a carico del contraente o altre manifestazioni di insolvenza ( esecuzioni a suo carico ) “;

-“ Peggioramento delle condizioni patrimoniali del contraente tale da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito;”

-“ Escussione di una garanzia rilasciata a favore dello Stato o di Enti Pubblici nell'interesse del contraente e mancato adempimento di questi alle richieste del creditore garantito o al rimborso della somma pagata dal garante, salvo si tratti di importi di modesta rilevanza;”

-“ Mancato possesso dei requisiti e della capacità economica-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti per la partecipazione alla gara o perdita degli stessi ( e ciò anche se detta situazione fosse precedente all'emissione della provvisoria) “;

-“ Liquidazione volontaria del contraente o sua sottoposizione a procedure concorsuali ( ancorché l'eventuale richiesta di procedura sia precedente all'emissione della provvisoria );”

-“ Mancato pagamento dei premi di proroga riferiti alla presente polizza ( se previsti ) o ad altre polizze stipulate con la Società”.>

tale garanzia non è del tutto conforme al dettato della legge per le seguenti considerazioni:

<E' agevole per converso obiettare al riguardo che assumendo la polizza in esame la veste giuridica di contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, **l'apposizione delle surriportate condizioni ne svuota inevitabilmente il contenuto e ne svincola al contempo la natura, rendendo del tutto inadeguata la garanzia offerta all'Amministrazione in caso di inadempimento dell'aggiudicataria.**

Esaminando, infatti, le singole ipotesi, al verificarsi delle quali la garante sarebbe legittimata a rifiutare l'emissione della cauzione definitiva, **emerge che la garanzia fideiussoria viene meno proprio in quelle situazioni pregiudizievoli dalle quali la polizza dovrebbe tenere al riparo l'Amministrazione committente, come nel caso di rilevazione di protesti a carico del contraente o altre manifestazioni di insolvenza, esecuzioni a suo carico, e via di seguito.**>

Ma non solo.

A nulla vale l'effettiva presentazione della cauzione definitiva in poich :

<in quanto la regolarit  della cauzione deve valutarsi, in ossequio anche al principio della par condicio , con riferimento alla data di presentazione dell'offerta, di cui costituisce ineludibile corredo

Non senza considerare inoltre che si tratterebbe di situazione nella piena disponibilit  della parte divenuta aggiudicataria, interessata a dimostrare, sia pure ex post, l'idoneit  sostanziale della polizza stipulata.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sede di Palermo, Sezione Seconda, ha pronunciato la seguente

**S E N T E N Z A**

sul ricorso n.516/05 proposto dall'Impresa \*\*\* s.a.s. di \*\*\* Andrea & C., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni e Giuseppe Immordino, presso lo studio dei quali   elettivamente domiciliata in Palermo, viale Libert  n.171;

contro

la Soprintendenza ai Beni Culturali e Ambientali di Palermo, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria;

e nei confronti

-della \*\*\* di \*\*\* Vincenzo & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Antonino Tramuta, presso il cui studio   elettivamente domiciliata in Palermo, C.so Finocchiaro Aprile n.10;

-del Consorzio \*\*\*, in persona del legale rappresentante pro-tempore, anche in qualit  di impresa associata mandante della costituenda ATI con capogruppo mandataria l'Impresa \*\*\* di \*\*\* Vincenzo & C. s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.to Girolamo Calandra, presso il cui studio   elettivamente domiciliata in Palermo, Piazza Vittorio Emanuele Orlando, n.33;

per l'annullamento ( previa sospensione )

-del verbale del 13/01/'05, relativo alla gara avente ad oggetto : “ interventi per la conservazione della copertura degli affreschi, degli stucchi e delle opere artistiche dell'Oratorio Santa Caterina d'Alessandria” con il quale è stata ammessa alla stessa l'ATI controinteressata;

-del medesimo verbale, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione della gara in favore della controinteressata ATI \*\*\*;

-nonché degli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione regionale e delle imprese controinteressate intimare;

Visti gli atti tutti di causa;

Vista l'ordinanza n.321/05 del 10/03/05 di accoglimento della domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati;

Designato relatore alla pubblica udienza del 03/05/2005 il Consigliere Cosimo Di Paola:

Uditi gli avvocati delle parti come da verbale di udienza ;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

L'Impresa \*\*\* s.a.s. di \*\*\* Andrea & C. ( di seguito, solo: impresa \*\*\* ) impugna, con ricorso notificato il 17/02/'05 e depositato il 02/03/05, l'ammissione e l'aggiudicazione all'ATI \*\*\*-Consorzio \*\*\* del pubblico incanto indetto dalla Soprintendenza ai BB.CC.AA. di Palermo, relativamente ad “ interventi per la conservazione della copertura degli affreschi, degli stucchi e delle opere artistiche dell'Oratorio Santa Caterina d'Alessandria”, deducendo i motivi di censura seguenti:

1)Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 comma 1, della L. 109/94 e dell'art. 8 del bando di gara.

L'ATI controinteressata doveva essere esclusa dalla gara per avere prodotto una cauzione non accompagnata da un valido ed incondizionato impegno per il rilascio della cauzione definitiva da parte dell'Istituto assicurativo che ha rilasciato la relativa polizza.

2)Violazione e falsa applicazione dell'art.9 della L. n.415/98 e dell'art.13, comma 1, della L.n.109/94, in relazione anche all'art.15, lett. I) del bando.

Andava esclusa la predetta ATI anche per non avere indicato né il tipo di associazione prescelto ( verticale, orizzontale, misto ) né le quote di partecipazione delle imprese al raggruppamento.

3)Violazione e falsa applicazione dell'art.9 comma 23, della L. n.415/98 che ha aggiunto l'art.13 comma 4, della L. n.109/94, e dell'art. 3 lettera R) del disciplinare di gara.

Il Consorzio \*\*\* non ha indicato per quale consorziata concorreva, anche al fine di comprovarne il possesso dei requisiti generali e morali.

Chiedeva quindi la ricorrente impresa l'annullamento, previa sospensione, degli atti impugnati vinte le spese.

Si costituiva l'Avvocatura dello Stato per la Soprintendenza ai BB.CC.AA. intimata, senza tuttavia produrre difese scritte.

La controinteressata \*\*\* di \*\*\* Vincenzo & C. s.r.l. proponeva controricorso, depositato alla camera di consiglio del 09/03/'05, con cui eccepiva l'inammissibilità del ricorso principale, per difetto di interesse, e nel merito, ne contestava la fondatezza, chiedendone comunque il rigetto, con vittoria di spese.

L'impresa \*\*\*, costituitasi con memoria depositata anch'essa alla camera di consiglio predetta, contestava la fondatezza di ciascuno dei motivi dedotti, concludendo per il rigetto del ricorso, col favore delle spese.

Con ordinanza n. 321 del 10 marzo 2005 veniva accolta l'istanza cautelare e fissata l'udienza per la trattazione nel merito.

Alla pubblica udienza del 3 maggio '05, su richiesta delle parti, il ricorso veniva posto in decisione.

## DIRITTO

La società \*\*\* eccepisce l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in quanto, secondo un calcolo aritmetico dei risultati di gara, prodotto in atti, nel caso di esclusione dalla gara della costituenda ATI di cui fa parte come mandataria capogruppo, risulterebbe aggiudicataria non l'impresa \*\*\*, come si sostiene in ricorso, bensì la "costituenda ATI \*\*\* con una media ribassi del 22,24%, uno scarto medio pari a 0,1100002 ed una soglia di anomalia pari a 22,35 %".

L'eccezione deve essere disattesa in quanto, nella predetta ipotesi, l'aggiudicazione avverrebbe in favore proprio della ricorrente, la cui offerta : 22,26%, costituisce il ribasso percentuale più vicino per difetto alla suindicata soglia di anomalia, calcolata ai sensi del comma 1 bis dell'art. 21 l. statale n. 109 del 1994. Il che radica l'interesse a ricorrere dell'impresa \*\*\*.

Nel merito il ricorso è fondato, avuto riguardo al primo motivo di censura, con cui si deduce violazione e falsa applicazione dell'art.30 comma 1, della L. 109/94 e dell'art. 8 del bando di gara, come già accennatosi in sede di accoglimento dell'istanza cautelare.

L'art.8 del bando di gara prevede che l'offerta dei concorrenti debba essere corredata "di una cauzione provvisoria e dell'impegno di un fideiussore per il rilascio della cauzione definitiva, nella misura e nei modi previsti dai commi 1, 1 bis, 2, 2bis dell'art.30 della legge 109/94 e successive modificazioni nel testo coordinato con le norme della legge regionale 2 agosto 2002, n.7 e successive modificazioni ed integrazioni". Tali disposizioni prevedono:

"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 fidejussione 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 di un 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.

1-bis. 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. Per i lavori d'importo a base d'asta fino a 150.000 euro la cauzione non è richiesta. La previsione di cui al presente comma, nelle gare per lavori di importo a base d'asta inferiore a euro 750.000, non si applica alle imprese che presentino copia autenticata di tre fidejussioni bancarie provvisorie ancora valide: in tali casi si applica il comma 1.

2. L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fidejussoria del 10 per cento dell'importo degli stessi..." La mancata costituzione della garanzia determina la revoca dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione da parte del soggetto appaltante o concedente..."

2-bis. La fidejussione bancaria o la polizza assicurativa di cui ai commi 1 e 2 dovrà 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. La fidejussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria dovrà avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta."

Si tratta all'evidenza di disposizioni tassative circa le modalità con cui deve essere prestata la garanzia, che mirano a fornire un'adeguata tutela delle ragioni della stazione appaltante, la cui chiara formulazione non lascia all'offerente alcun margine di opinabilità, né all'Amministrazione appaltante alcun margine di discrezionalità, nel senso che una fideiussione o polizza priva dei requisiti (sostanziali e temporali) voluti dalla legge non può costituire adempimento dell'onere posto a carico del partecipante alla gara di corredare la propria offerta con una specifica garanzia( Cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 27 aprile 2004, n. 1230 ).

Nella specie, l'ATI \*\*\* s.r.l. – Consorzio \*\*\* presentava, ai fini della partecipazione alla gara in questione, una garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, rilasciata dalla " \*\*\* " ( di cui viene depositata copia conforme in atti ) nella quale le parti convenivano, in apposita appendice, che detta società, in caso di aggiudicazione della gara da parte dell'ATI, potesse " rifiutare l'emissione della cauzione definitiva" qualora dopo il rilascio della polizza si fosse verificata una delle seguenti ipotesi:

-“ Rilevazione di protesti a carico del contraente o altre manifestazioni di insolvenza ( esecuzioni a suo carico ) “;

-“ Peggioramento delle condizioni patrimoniali del contraente tale da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito;”

-“ Escussione di una garanzia rilasciata a favore dello Stato o di Enti Pubblici nell'interesse del contraente e mancato adempimento di questi alle richieste del creditore garantito o al rimborso della somma pagata dal garante, salvo si tratti di importi di modesta rilevanza;”

-“ Mancato possesso dei requisiti e della capacità economica-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti per la partecipazione alla gara o perdita degli stessi ( e ciò anche se detta situazione fosse precedente all'emissione della provvisoria ) “;

-“ Liquidazione volontaria del contraente o sua sottoposizione a procedure concorsuali ( ancorché l’eventuale richiesta di procedura sia precedente all’emissione della provvisoria );”

-“ Mancato pagamento dei premi di proroga riferiti alla presente polizza ( se previsti ) o ad altre polizze stipulate con la Società”.

Il Consorzio \*\*\* sostiene, nella memoria difensiva, che la polizza sarebbe “ del tutto conforme al dettato della legge “ e che le suindicate previsioni non comporterebbero l’elusione dell’impegno assunto dalla \*\*\* la quale avrebbe infatti provveduto a rilasciare la cauzione definitiva all’ATI aggiudicataria il 2 marzo 2005.

E’ agevole per converso obiettare al riguardo che assumendo la polizza in esame la veste giuridica di contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall’assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo (Cassazione civile, sez. III, 1 giugno 2004, n. 10486; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 1 marzo 2001, n. 326 ), l’apposizione delle surriportate condizioni ne svuota inevitabilmente il contenuto e ne svisciva al contempo la natura, rendendo del tutto inadeguata la garanzia offerta all’Amministrazione in caso di inadempimento dell’aggiudicataria. Esaminando, infatti, le singole ipotesi, al verificarsi delle quali la \*\*\* sarebbe legittimata a rifiutare l’emissione della cauzione definitiva, emerge che la garanzia fideiussoria viene meno proprio in quelle situazioni pregiudizievoli dalle quali la polizza dovrebbe tenere al riparo l’Amministrazione committente, come nel caso di rilevazione di protesti a carico del contraente o altre manifestazioni di insolvenza, esecuzioni a suo carico, e via di seguito.

Né può riconoscersi rilevanza alcuna all’avvenuto rilascio della cauzione definitiva all’ATI aggiudicataria, in quanto la regolarità della cauzione deve valutarsi, in ossequio anche al principio della par condicio , con riferimento alla data di presentazione dell’offerta, di cui costituisce ineludibile corredo ( v art. 8 bando ). Non senza considerare inoltre che si tratterebbe di situazione nella piena disponibilità della parte divenuta aggiudicataria, interessata a dimostrare, sia pure ex post, l’idoneità sostanziale della polizza stipulata.

Deve ancora aggiungersi che le argomentazioni sopra svolte non sono in dissonanza col precedente della Sezione ( sent. 11 luglio 2003, n.1109 ) citato sempre dal Consorzio \*\*\* ( pag. 8 memoria ) in cui si afferma, in fattispecie solo in parte analoga a quella in esame ) che la p.a. non può vedere diminuita la garanzia ad libitum dell’impresa, vanificandosi la portata della fideiussione.

Il ricorso in conclusione è fondato e va accolto, assorbito quant’altro, col conseguente annullamento degli atti impugnati.

Si ravvisano nondimeno giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione II, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati;-----

Compensa le spese del giudizio.-----

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

Così deciso in Palermo il giorno 3 maggio 2005 in camera di consiglio, con l'intervento dei signori magistrati:-----

Calogero Adamo, Presidente ;

Cosimo Di Paola , Consigliere estensore;

Gianmario Palleggiano, Referendario

Depositato in Segreteria il 6.6.2005

Il Direttore

Maria Rosa Leanza