

E' legittima la pretesa di una stazione appaltante verso l'aggiudicatario di un appalto di manutenzione di strade e pizze, di presentazione di una polizza assicurativa comprensiva oltre che della responsabilità civile connessa ai lavori di manutenzione, anche della copertura assicurativa in ordine al mancato servizio di vigilanza e della connessa responsabilità ex art. 2051 c.c. relativamente alla porzione di demanio stradale comunale oggetto di affidamento.

Di conseguenza, la mancata presentazione della polizza richiesta è fonte di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e quindi LEGITTIMA CAUSA di escussione della garanzia PROVVISORIA

Una volta stabilito che, sia l'obbligo di manutenzione che l'obbligo di vigilanza e di intervento, facevano parte dei doveri dell'appaltatore, la copertura assicurativa (per rischi di inesecuzione) non poteva non estendersi a tutti tali obblighi in quanto la polizza Car (obbligatoria per Legge), nella parte della responsabilità civile, riguarda solo l'attività di esecuzione dei lavori e non anche la responsabilità derivante dagli altri obblighi contrattuali.

A cura di Sonia LAZZINI

Il Consiglio di Stato, a conferma della sentenza 6 aprile 2004, n. 4118, emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione I di Napoli, con la decisione numero 3736 del 7 luglio 2005 sancisce che l'articolo 30 della Legge Merloni, nell'obbligare l'appaltatore a stipulare la cd polizza Car, nulla vieta alle amministrazioni, nel caso l'oggetto del contratto non riguardi SOLO LA MERA ESECUZIONE DI LAVORI (peraltro appunto garantita dalla polizza obbligatoria), di richiedere ulteriori polizze di Responsabilità Civile che tengano indenni le amministrazioni dalle richieste risarcitorie di Terzi.

Ma non solo:

nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e quindi la mancata stipula del contratto, dipenda dalla mancata presentazione della polizza richiesta dalla *lex specialis*; è assolutamente legittima la richiesta di escussione della garanzia provvisoria.

I fatti oggetto della controversia

Un comune indice una gara per la manutenzione ordinaria di strade, piazze e viali.

I capitolato speciale d'appalto dispone che l'aggiudicataria debba prestare una polizza assicurativa comprensiva oltre che della **responsabilità civile** connessa ai lavori di manutenzione anche della copertura assicurativa in ordine al mancato servizio di vigilanza e della connessa responsabilità ex art. 2051 c.c. relativamente alla porzione di demanio stradale comunale oggetto di affidamento; del provvedimento definitivo di aggiudicazione.

Alla richiesta della ricorrente, risultata provvisoriamente aggiudicataria, tuttavia, nessuno degli istituti assicurativi interessati si dichiarava disponibile a rilasciare la suddetta polizza

Avvertita l'amministrazione di tale circostanza, la ricorrente si ritrovava comunque con l'annullamento dell'aggiudicazione in quanto, a detta della stazione appaltante, per altri contratti, le altre imprese erano riuscite a produrre la polizza così come richiesta nella fattispecie qui posta sotto osservazione.

Poiché, come noto, la cauzione provvisoria (relativa agli oneri e obblighi della partecipazione) è a copertura della mancata sottoscrizione del contratto, l'amministrazione, a seguito della revoca dell'aggiudicazione provvisoria, predisponendo anche l'escussione della garanzia

Il giudizio di primo grado

Indispensabile appare quindi il ricorso davanti al Tar Napoli, sulle seguenti lagnanze:

- √ La lex specialis stabilisce la necessità di produrre la polizza di cui all'art. 30 co.3 L.109/94, che a sua volta prevede la copertura per danni civili a terzi nella esecuzione dei lavori;
- √ l'art. 103 DPR 554/99 dispone che l'esecutore dei lavori è obbligato a stipulare la polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa di danni verificatisi nel corso della esecuzione dei lavori
- √ L'art. 44 del Capitolato Speciale di Appalto al contrario pretenderebbe la copertura relativamente ai danni seguenti al mancato servizio di vigilanza e relativo pronto intervento.
- √ La previsione della lex specialis, se intesa nel senso voluto dalla stazione appaltante, comporterebbe lo stravolgimento delle regole secondo le quali sul committente di lavori pubblici, proprietario della strada, incombe pur sempre l'obbligo di custodia, connesso ai poteri di ingerenza e vigilanza sui beni oggetto dell'appalto

A detta del giudice di primo grado, innanzitutto:

< Ad opinione del Collegio, non rileva tanto il fatto che talune compagnie abbiano risposto positivamente alla richiesta di prestare tale garanzia (comprensiva di copertura per eventi derivanti in conseguenza del mancato servizio di vigilanza e relativo intervento), e altre negativamente, in quanto in concreto, a parte la formula generica delle clausole (che per esempio, si riferiscono genericamente ai danni per mancata vigilanza o intervento), **occorre verificare l'oggetto effettivo (i rischi) di tale garanzia**>

I giudici napoletani inoltre si soffermano sulla funzione della garanzia definitiva:

< La funzione propria della garanzia fideiussoria in materia di appalti di lavori pubblici, nei quali rientra anche la manutenzione, (garanzia ai sensi dell'art. 30 L.109/94) sia quella di andare a copertura di tutti, ma anche soltanto, gli eventuali oneri che dovessero derivare dalla mancata o inesatta esecuzione dei lavori, o a copertura dei danni causati a terzi a causa della esecuzione del contratto>

va da sé che:

< **Ulteriore assunzione di rischi**, come quelli derivanti dalla inesecuzione, dalla mancanza di doveri di vigilanza o di intervento, ove questi non fossero ricompresi nell'oggetto del contratto di appalto (e neanche assegnati ad altri a mezzo di altro contratto), **uscirebbe al di fuori del perimetro contrattuale.**>

il problema quindi si pone in questi termini:

qual è l'esatto oggetto dell'appalto a cui la ricorrente ha partecipato?

Per l'adito Tar non ci sono dubbi:

<dal contenuto del contratto principale si evince che le prestazioni dell'appaltatore comprendevano, oltre alla manutenzione, uno specifico obbligo di vigilanza e di intervento>

ma non solo:

<è la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., che stabilisce, come noto, una presunzione di responsabilità iuris tantum in capo al custode, che dovrà assumere su di sé l'onere della prova liberatoria,

ad essere

il motivo (non la causa) dell'appalto di manutenzione e vigilanza stipulato dal comune, a mezzo del quale, l'ente pubblico spera di diminuire in fatto le ipotesi di danno, e certamente anche di preconstituire un soggetto coobbligato avverso il quale rivalersi, nei casi frequenti in cui terzi danneggiati ipotizzassero una sua responsabilità.>

ora, appurato che l'oggetto dell'appalto non è solo la mera manutenzione ma anche la vigilanza, bisogna andare a verificare se tale ultimo rischio è compreso nella polizza, normalmente, richiesta dalla Legge Merloni.

La risposta dell'adito giudice amministrativo non può che essere negativa in quanto:

1. L'art. 30 comma 3 L.109/94 prevede l'obbligo dell'esecutore dei lavori di stipulare <<una polizza assicurativa che tenga indenne l'amministrazione aggiudicatrice da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati...e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi **nell'esecuzione dei lavori** sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio>>.
2. L'art. 103 DPR 554/1999 al comma 1 stabilisce che l'esecutore dei lavori è obbligato ai sensi dell'art. 30 comma 3 L.109/94, a stipulare una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, **verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori**

Essendo quindi l'obbligatoria assicurazione (di responsabilità civile) operante SOLO IN CORSO DI ESECUZIONE, ma essendo altresì l'oggetto del contratto comprensivo anche del dovere di vigilanza, è corretto che

<La copertura assicurativa di cui all'art. 44 CSA non ha fatto altro che estendersi a tutto il campo di esecuzione dell'appalto>

questo perché:

<Per la funzione propria della copertura assicurativa, questa non poteva quindi non ricomprendere tutto l'oggetto (le prestazioni dell'appaltatore), ai sensi di legge, e sarebbe ingiustificata una sua dimidiazione (tale da coprire la manutenzione e non la vigilanza e l'intervento, che pure, come detto, fanno parte dell'accettato, e non contestato, oggetto del contratto)>

la conclusione quindi per il giudice di primo grado è la seguente:

<è legittima la esclusione della partecipante alla gara, provvisoria aggiudicataria, che, invitata a produrre polizza assicurativa per rischi derivanti, oltre che da responsabilità civile verso terzi, anche da mancato servizio di vigilanza e relativo pronto intervento (ai quali doveri è tenuta contrattualmente), non vi provveda entro i termini previsti dalla legge.>

contro tali considerazioni, la ditta soccombente ricorre al Supremo Giudice Amministrativo

La decisione del Consiglio di Stato

I giudici di palazzo Spada subito si schierano a favore dell'operato dell'amministrazione, ribadendo che

<Non rivestono alcun rilievo le argomentazioni della ricorrente, sviluppate nel ricorso e nella successiva memoria, volte a ricondurre il contratto ad una fattispecie negoziale mista, in cui gli oneri di manutenzione si affiancavano a quelli di vigilanza, senza che però il comune potesse trasferire la relativa responsabilità in capo all'appaltatore, stante l'art. 30 della legge n. 109/94 che la fa gravare direttamente sul possessore dell'immobile, dati i suoi poteri di ingerenza e di vigilanza sul bene oggetto dell'appalto.

L'oggetto della polizza assicurativa che l'esecutore dei lavori è obbligato a stipulare al fine di tenere indenni le amministrazioni aggiudicatrici è individuato dalla disposizione in esame nei rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati e nella garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori.

L'art. 30, l. n. 109/94 non esclude che l'oggetto della polizza possa essere ampliato in ragione dello specifico oggetto del contratto.

E che quest'ultimo comprendesse il potere di sorveglianza e custodia delle strade risulta espressamente dall'art. 1, comma 3, n. 2 del capitolato speciale, laddove prevede che ciascun appalto ha per oggetto, oltre alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade, il complesso dei servizi e dei lavori occorrenti per ... " la continua sorveglianza delle aree agli effetti di garantire la sicurezza del transito con le relative responsabilità. S'intenderanno senz'altro incluse nell'appalto le aree, con le loro accessioni le dipendenze e le opere d'area, entro e fuori terra che nel corso dell'appalto stesso saranno aperte al pubblico o all'uso pubblico...".

E cosa dire della richiesta di escussione della garanzia provvisoria???

Il Consiglio di Stato non ha dubbi:

<Chiarito che le la garanzia fidejussoria accettata dalle concorrenti atteneva anche al servizio di vigilanza e non solo agli obblighi meramente manutentivi, illegittimamente l'appellante non si è posta nelle condizioni di stipulare il contratto.>

di conseguenza:

<Va infine rigettato il terzo motivo d'appello, ove viene riproposta la censura appuntata in primo grado nei confronti della nota 31.7.2003, prot. 3815 che disponeva l'escussione della polizza fidejussoria della società e l'attivazione delle misure sanzionatorie ex art. 10 comma 1-quater, l. n. 109/94. Avverso il provvedimento veniva addotta la violazione dell'art. 30, l. n. 109/1994 in quanto il comune avrebbe incamerato la cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori ed attivato la procedura di segnalazione all'Autorità dei Lavori pubblici, nonostante la mancata stipulazione del contratto di appalto non fosse dipesa da fatto dell'impresa>

Attenzione quindi perché l'assicuratore della garanzia provvisoria potrebbe essere causa stessa dell'escussione di detta polizza, con non pochi conflitti di interessi nel richiedere poi la restituzione di quanto versato all'amministrazione, nei confronti del proprio contraente!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!

Bisogna quindi fare sempre molta attenzione nel leggere tutta la documentazione che fa parte della procedura ad evidenza pubblica in quanto è molto ampio lo spettro di azione delle Amministrazioni pubbliche a salvaguardia del proprio interesse ed è sempre più frequente l'uso dello strumento assicurativo richiesto a tale scopo.

Questa decisione potrebbe anche significare una prima breccia nell'applicabilità, quasi blindata, del decreto ministeriale 123/2004 sulle polizze tipo????

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso n. 6156/2004, proposto dalla ***** s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Abbamonte, e domiciliata in Roma presso lo studio del medesimo in Roma, via degli Avignonesi, n. 5

contro

il Comune di Napoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Edoardo Barone e Giuseppe Tarallo, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Gianmarco Grez, in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46;

e, nei confronti

di ***** Costruzioni s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli 6 aprile 2004, n. 4118, che ha respinto il ricorso proposto dalla società ***** avverso: -il provvedimento di esclusione dalla gara indetta con delibera di G.M. 3403/02 e 4349/02 e la determina dirigenziale n. 1989 del 6.12.2002 del comune di Napoli per la manutenzione ordinaria delle strade, piazze e viali e pertinenze della città di Napoli, ambito territoriale Soccavo-Pianura del 4.6.2003; del capitolato speciale d'appalto; -l'art. 44 delle condizioni di gara, nella parte in cui dispone che l'aggiudicataria debba prestare una polizza assicurativa comprensiva oltre che della responsabilità civile connessa ai lavori di manutenzione, anche della copertura assicurativa in ordine al mancato servizio di vigilanza e della connessa responsabilità ex art. 2051 c.c. relativamente alla porzione di demanio stradale comunale oggetto di affidamento.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 18 gennaio 2005, relatore il Consigliere Cesare Lamberti e uditi, altresì gli avvocati Abbamonte per l'appellante e Barone per il comune di Napoli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ***** ha partecipato alla gara per la manutenzione ordinaria delle strade, piazze e viali e pertinenze della città di Napoli, ambito territoriale Soccavo-Pianura al cui esito risultava seconda graduata; veniva quindi invitata a presentare i documenti dimostrativi del possesso dei requisiti ed inviava la documentazione in data 3.3.2003. Nella nuova seduta dell'appalto tenutasi il 7.4.2003 la ricorrente ***** diveniva provvisoria aggiudicataria e con comunicazione dell'8.4.2003, n. 7198, veniva invitata a produrre polizza assicurativa per responsabilità civile verso terzi, ex art. 44 del capitolato di gara che prevedeva oltre alla responsabilità civile connessa ai lavori di manutenzione anche la copertura assicurativa per il servizio di vigilanza e la connessa responsabilità ex art. 2051 c.c. relativamente alla porzione di demanio stradale comunale oggetto di affidamento. Il 15 aprile 2003 la società dichiarava che nessuno degli istituti assicurativi era disponibile a rilasciare la polizza. Il comune rendeva noto alla società che altre ditte avevano presentato tale polizza ed escludeva la società ***** per mancanza di polizza assicurativa e aggiudicava la gara all'impresa ***** Costruzioni. Nel ricorso per violazione dell'art. 2051 c.c., dell'art. 30 co. 3, l. n. 109/94 e dell'art. 103 DPR 554/1999, la società ***** sosteneva che la polizza assicurativa poteva coprire solo i danni subiti dalle stazioni appaltanti verificatisi nel corso dei lavori. Nei motivi aggiunti adduceva le medesime censure avverso l'escussione della polizza fideiussoria e l'attivazione delle misure sanzionatorie ex art. 10 co. 3-quater, l. n. 109/94 per effetto della revoca dell'aggiudicazione all'Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici.

Avverso la sentenza che ha respinto il ricorso, popone appello la società *****. Nel giudizio si è costituito il comune, chiedendo il rigetto dell'appello. La sentenza è stata sospesa con ordinanza della Sezione n. 4361/2002 con riferimento ai provvedimenti sanzionatori.

DIRITTO

1) Nel respingere il ricorso della società ***** avverso l'esclusione dalla gara per la manutenzione ordinaria delle strade, piazze e viali e pertinenze della città di Napoli e del relativo capitolato speciale d'appalto, la sentenza in epigrafe ha affermato che, nella particolare fattispecie, gli oneri dell'appaltatore comprendevano, oltre alla manutenzione, lo specifico obbligo di vigilanza e di intervento, tali da esigere la specifica copertura assicurativa. L'art. 10, primo comma del C.S.A. imponeva all'appaltatore speciali precauzioni per garantire la pubblica incolumità e la sicurezza del transito ed indicava una serie di cautele le quali, sebbene di natura meramente esemplificativa, erano strumentali agli interventi manutentivi. L'all. 10, quarto comma del C.S.A. prevedeva inoltre il servizio di vigilanza per l'osservanza degli obblighi di manutenzione: detti obblighi, pur essendo accessori ai doveri di manutenzione, erano espressione della volontà della stazione appaltante che il partecipante doveva accettare anche riguardo all'onere aggiuntivo di copertura assicurativa.

2) Nell'appellare la decisione, la società ***** richiama il bando di gara che disponeva di produrre polizza ex artt. 30, l. n. 109/94 e 103 D.P.R. n. 554/99, ove l'oggetto della polizza assicurativa è limitato ai rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati ed alla garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori e, comunque alla copertura dei danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale e parziale di impianti ed opere, ferma restando l'assicurazione dei danni causati a terzi nell'esecuzione dei lavori. Era perciò legittimo ritenere che la polizza fosse strumentale agli obblighi manutentivi e non riguardasse la responsabilità civile per danni a terzi, che in alcun caso può essere fatta gravare in capo all'appaltatore. Il Comune di Napoli avrebbe quindi trasferito in capo all'appaltatore i doveri di vigilanza che gravano sul committente e, parimenti, la

sentenza impugnata ha accolto all'appaltatore la garanzia sulla vigilanza, difformemente dalla disciplina generale sui lavori pubblici.

3) Gli argomenti dell'appellante non possono essere condivisi.

L'art. 44 co. 2, lett. f) del C.S.A. pone a carico dell'appaltatore "tutte le spese per la manutenzione e la garanzia delle opere e per la necessaria vigilanza ai sensi dell'art. 35". Prevede a tal fine (nel terzultimo comma) che "l'appaltatore sarà tenuto a garantirsi con polizza assicurativa contro i rischi della responsabilità civile derivategli ai sensi di legge per i danni di qualsiasi natura cagionati a persone o cose, sia a causa di mancati tempestivi interventi sia per fatti accidentali verificatisi durante e per effetto dell'esecuzione dei lavori di manutenzione ivi compresi quelli conseguenti ad un mancato servizio di vigilanza ed al relativo pronto intervento. La garanzia sarà estesa al comune di Napoli nella sua qualità di committente di appalti di manutenzione di strade, tenendolo comunque indenne delle somme che eventualmente fosse tenuto a pagare per conto dell'appaltatore a titolo di risarcimento quale civilmente responsabile". Ai sensi dell'art. 35, co. 4, l'appaltatore ... "dovrà esercitare continua vigilanza ...".

Correttamente la decisione impugnata ha attribuito a tale clausola la valenza di motivo dell'appalto di manutenzione e vigilanza stipulato dal comune tramite il quale l'ente ha cercato di diminuire le ipotesi di danno e di preconstituire un soggetto obbligato attraverso il quale rivalersi nei casi di responsabilità a suo carico fatta valere dai terzi danneggiati. Nel che la conclusione che la copertura assicurativa doveva comprendere l'intero oggetto del contratto, rispetto al quale era ingiustificata un "diminuzione" tale da coprire la manutenzione e non la vigilanza dell'intervento.

Non rivestono alcun rilievo le argomentazioni della ricorrente, sviluppate nel ricorso e nella successiva memoria, volte a ricondurre il contratto ad una fattispecie negoziale mista, in cui gli oneri di manutenzione si affiancavano a quelli di vigilanza, senza che però il comune di Napoli potesse trasferire la relativa responsabilità in capo all'appaltatore, stante l'art. 30 della legge n. 109/94 che la fa gravare direttamente sul possessore dell'immobile, dati i suoi poteri di ingerenza e di vigilanza sul bene oggetto dell'appalto.

L'oggetto della polizza assicurativa che l'esecutore dei lavori è obbligato a stipulare al fine di tenere indenni le amministrazioni aggiudicatrici è individuato dalla disposizione in esame nei rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati e nella garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori. L'art. 30, l. n. 109/94 non esclude che l'oggetto della polizza possa essere ampliato in ragione dello specifico oggetto del contratto. E che quest'ultimo comprendesse il potere di sorveglianza e custodia delle strade risulta espressamente dall'art. 1, comma 3, n. 2 del capitolato speciale, laddove prevede che ciascun appalto ha per oggetto, oltre alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle strade, il complesso dei servizi e dei lavori occorrenti per ... " la continua sorveglianza delle aree agli effetti di garantire la sicurezza del transito con le relative responsabilità. S'intenderanno senz'altro incluse nell'appalto le aree, con le loro accessioni le dipendenze e le opere d'area, entro e fuori terra che nel corso dell'appalto stesso saranno aperte al pubblico o all'uso pubblico...".

Resta così disattesa la prima censura dell'appellante di erroneità della decisione in quanto avrebbe fatto gravare in capo all'appaltatore i rischi connessi al generale potere di sorveglianza e custodia delle strade gravante in capo all'Ente locale, alla luce del principio di cui all'art. 2051 c.c.. Una volta acclarato che unitamente alla manutenzione l'appaltatore aveva anche in carico la custodia delle strade, nulla si oppone all'applicazione nei suoi confronti della presunzione di responsabilità che grava in capo al custode ai sensi dell'art. 2051, c.c. e che il comune di Napoli abbia inteso stabilire una specifica garanzia dell'adempimento di tale obbligo, tramite un'apposita polizza di assicurazione o un'estensione della

garanzia assicurativa. In tal senso versano anche i successivi artt. 10 e 12 del capitolato generale, che trasferiscono in capo all'appaltatore tutti i rischi e le responsabilità propri del titolare del bene.

4) Unitamente al motivo in esame va disatteso anche il secondo motivo di violazione dell'art. 30 l. 109/94 e dell'art. 103 DPR 554/99, per non essere stata data prevalenza delle clausole del bando rispetto a quelle del capitolato speciale. Nel bando l'oggetto della gara era descritto solo per ciò che riguardava i lavori di manutenzione ordinaria. Gravava però sull'aggiudicatario l'onere di produrre la polizza di cui all'art. 30, l. n. 109/94 e all'art. 103 DPR 554/99 ovvero una "polizza assicurativa che tenga indenni le amministrazioni aggiudicatricida tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati.....e che preveda una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori.

L'interpretazione delle condizioni alla luce del principio di specialità postula la prevalenza di quelle contenute nel capitolato, peraltro espressamente accettate da parte dell'impresa, che come tutti gli altri concorrenti aveva dichiarato di accettare... "senza riserva o condizione alcuna, tutte le norme o disposizioni contenute nel bando di gara e nel C.S.A".

5) Va infine rigettato il terzo motivo d'appello, ove viene riproposta la censura appuntata in primo grado nei confronti della nota 31.7.2003, prot. 3815 che disponeva l'escussione della polizza fidejussoria della società e l'attivazione delle misure sanzionatorie ex art. 10 comma 1-quater, l. n. 109/94. Avverso il provvedimento veniva addotta la violazione dell'art. 30, l. n. 109/1994 in quanto il comune avrebbe incamerato la cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori ed attivato la procedura di segnalazione all'Autorità dei Lavori pubblici, nonostante la mancata stipulazione del contratto di appalto non fosse dipesa da fatto dell'impresa.

Chiarito che la garanzia fidejussoria accettata dalle concorrenti atteneva anche al servizio di vigilanza e non solo agli obblighi meramente manutentivi, illegittimamente l'appellante non si è posta nelle condizioni di stipulare il contratto.

6) L'appello dalla società ***** va conclusivamente respinto, ivi compresa la domanda di riaccomodamento del danno, e va confermata la sentenza impugnata. Ricorrono i giusti motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato – Quinta Sezione, decidendo dell'appello in premesse lo respinge. Spese del grado compensate.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 18 gennaio 2005 con l'intervento dei Sigg.ri:

Agostino Elefante Presidente

Raffaele Carboni Consigliere

Cesare Lamberti Consigliere, est.

Claudio Marchitello Consigliere

Nicola Russo Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Cesare Lamberti

f.to Agotino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....7 luglio 2005.....

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale

N°. RIC.6156-04

\$

Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Napoli 6 aprile 2004, n. 4118

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione Prima

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 7506 del 2003 proposto da ***** srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall' avvocato Andrea Abbamonte, presso lo studio del quale domicilia in Napoli, via Melisurgo n.4,

CONTRO

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Tarallo e dall'avv. Rossana Lizzi con i quali domicilia in Napoli presso l'Avvocatura comunale in Palazzo S. Giacomo,

e nei confronti di

***** Costruzioni spa, in persona del l.r.p.t., non costituita,

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla gara indetta con delibera di G.M. 3403/02 e 4349/02 e determina dirigenziale n.1989 del 6.12.2002 del comune di Napoli per la manutenzione ordinaria delle strade, piazze e viali e pertinenze della città di Napoli, ambito territoriale Soccavo-Pianura del 4.6.2003; del capitolato speciale d'appalto, se e in quanto occorra, art. 44, nella parte in cui dispone che l'aggiudicataria debba prestare una polizza assicurativa comprensiva oltre che della responsabilità civile connessa ai lavori di manutenzione anche della copertura assicurativa in ordine al mancato servizio di vigilanza e della connessa responsabilità ex art. 2051 c.c. relativamente alla porzione di demanio stradale comunale oggetto di affidamento; del provvedimento definitivo di aggiudicazione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Napoli;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 14 gennaio 2004, il Dott. Sergio De Felice;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale di causa.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

La ricorrente premette in fatto di avere partecipato alla gara indetta dal comune di Napoli, su riportata in epigrafe, al cui esito risultava seconda graduata. Veniva quindi invitata dal comune di Napoli con nota del 26.2.2003 n.1210, ai sensi dell'art. 10 comma 1 quater L.109/94, a presentare entro i dieci giorni, i documenti dimostrativi del possesso dei requisiti, e cioè certificazione CCIAA, certificazione ex L.68/99, attestazione SOA e certificato giudiziale dei carichi pendenti, e tale documentazione veniva inviata in data 3.3.2003.

L'amministrazione comunicava alla ricorrente, con nota n.2101 del 3.4.2003, che si sarebbe tenuta una nuova seduta dell'appalto in data 7.4.2003.

A seguito di tale seduta, la ricorrente ***** srl risultava provvisoria aggiudicataria dell'appalto, secondo la comunicazione dell'8.4.2003 n.7198, con la quale, inoltre, la stessa veniva invitata a produrre polizza assicurativa per responsabilità civile verso terzi di cui al capitolato speciale d'appalto.

L'art. 44 del capitolato speciale d'appalto prevede l'obbligo per l'appaltatore di garantirsi con polizza assicurativa, con la quale devono essere coperti i rischi di responsabilità civile, oltre che per i lavori, "...anche per quelli conseguenti ad un mancato servizio di vigilanza e relativo pronto intervento...".

Alla richiesta della ricorrente, tuttavia, nessuno degli istituti assicurativi interessati si dichiarava disponibile a rilasciare la suddetta polizza.

Tale fatto veniva rappresentato alla amministrazione con nota del 15.4.03, e a tale nota il comune di Napoli rispondeva con nota 2504 del 2.5.03, comunicando che alla produzione di tale polizza avevano invece provveduto le altre imprese aggiudicatrici di altri ambiti territoriali.

Nel prosieguo della gara, con provvedimento impugnato del 4.6.2003, la ricorrente veniva esclusa per mancanza della documentazione inerente la suddetta polizza assicurativa prescritta dall'art. 44 CSA, e la aggiudicazione avveniva provvisoriamente a favore della ***** Costruzioni.

Avverso gli atti impugnati la ricorrente deduce i vizi di violazione di legge (art. 2051 c.c., art. 30 co.3 L.109/94, art. 103 DPR 554/1999, violazione della lex specialis) e di eccesso di potere sotto vari profili.

La lex specialis stabilisce la necessità di produrre la polizza di cui all'art. 30 co.3 L.109/94, che a sua volta prevede la copertura per danni civili a terzi nella esecuzione dei lavori; l'art. 103 DPR 554/99 dispone che l'esecutore dei lavori è obbligato a stipulare la polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa di danni verificatisi nel corso della esecuzione dei lavori.

L'art. 44 del CSA al contrario pretenderebbe la copertura relativamente ai danni seguenti al mancato servizio di vigilanza e relativo pronto intervento.

La previsione della lex specialis, se intesa nel senso voluto dalla stazione appaltante, comporterebbe lo stravolgimento delle regole secondo le quali sul committente di lavori pubblici, proprietario della strada, incombe pur sempre l'obbligo di custodia, connesso ai poteri di ingerenza e vigilanza sui beni oggetto dell'appalto.

Il comune di Napoli si costituiva con solo mandato in calce al ricorso e documenti, depositati in data 28 luglio 2003.

Alla camera di consiglio del 29 luglio 2003 questa sezione di Tribunale chiedeva la produzione da parte del comune di Napoli delle polizze assicurative prodotte dalle altre concorrenti, rinviando alla camera di consiglio del 1 ottobre 2003.

Con motivi aggiunti notificati in data 3 settembre 2003 e depositati in data 8 settembre 2003, e deducendo sostanzialmente le medesime censure di cui all'originario ricorso, la ricorrente impugnava la nota n.3815 del 31.7.2003 con la quale veniva disposta la escussione della polizza assicurativa e la nota, n.prot.310 del 17.7.03, di attivazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 10 co.3 quater L.109/94, nonché la nota del comune di Napoli a firma del dirigente p.t. n.335 del 6.8.03 di segnalazione dell'avvenuta revoca della aggiudicazione alla ricorrente all'Autorità per la Vigilanza dei Lavori pubblici.

Con ordinanza del 1 ottobre 2003 questa sezione di Tribunale accoglieva la richiesta cautelare limitatamente al provvedimento di escussione della cauzione e alla attivazione delle misure sanzionatorie di cui all'art. 10 comma 1 quater L.109/94, fissando per il merito la udienza pubblica del 14 gennaio 2004.

Alla udienza del 14 gennaio 2004 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Per la risoluzione delle questioni relative alla legittimità degli impugnati atti, occorre verificare la legittimità della pretesa della stazione appaltante, che l'aggiudicatario presti una garanzia che, ai sensi dell'art. 44 CSA, ricomprenda anche i danni derivanti dal mancato servizio di vigilanza o di intervento.

Ad opinione del Collegio, non rileva tanto il fatto che talune compagnie abbiano risposto positivamente alla richiesta di prestare tale garanzia (per esempio, *****, comprensiva di copertura per eventi derivanti in conseguenza del mancato servizio di vigilanza e relativo intervento), e altre negativamente, in quanto in concreto, a parte la formula generica delle clausole (che per esempio, si riferiscono

genericamente ai danni per mancata vigilanza o intervento), occorre verificare l'oggetto effettivo (i rischi) di tale garanzia.

La funzione propria della garanzia fideiussoria in materia di appalti di lavori pubblici, nei quali rientra anche la manutenzione, (garanzia ai sensi dell'art. 30 L.109/94) sia quella di andare a copertura di tutti, ma anche soltanto, gli eventuali oneri che dovessero derivare dalla mancata o inesatta esecuzione dei lavori, o a copertura dei danni causati a terzi a causa della esecuzione del contratto (C. Stato, IV; 25 settembre 2002, n.4895).

Ulteriore assunzione di rischi, come quelli derivanti dalla inesecuzione, dalla mancanza di doveri di vigilanza o di intervento, ove questi non fossero ricompresi nell'oggetto del contratto di appalto (e neanche assegnati ad altri a mezzo di altro contratto), uscirebbe al di fuori del perimetro contrattuale.

L'art. 30 comma 3 L.109/94 prevede l'obbligo dell'esecutore dei lavori di stipulare <<una polizza assicurativa che tenga indenne l'amministrazione aggiudicatrice da tutti i rischi di esecuzione da qualsiasi causa determinati....e che preveda anche una garanzia di responsabilità civile per danni a terzi nell'esecuzione dei lavori sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio>>.

L'art. 103 DPR 554/1999 al comma 1 stabilisce che l'esecutore dei lavori è obbligato ai sensi dell'art. 30 comma 3 L.109/94, a stipulare una polizza di assicurazione che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori.

La funzione della cauzione definitiva è di garanzia del regolare adempimento delle obbligazioni assunte da parte del contraente ed il corretto svolgimento del rapporto contrattuale (in tal senso, per esempio, TAR Lombardia, Milano, III, 26.7.2002, n.3236), non solo limitatamente ai lavori.

La garanzia di responsabilità civile per danni a terzi deve allo stesso modo ritenersi limitata a fatti connessi alla esecuzione dell'intero contratto e alla violazione dei connessi doveri.

Premesso quanto sopra, può condividersi in parte con quanto sostenuto da parte ricorrente, e cioè che la copertura assicurativa, che deve valere per i rischi connessi alla esecuzione del contratto di appalto per il quale si è tenuta la gara, non potrebbe assumere le caratteristiche di un autonomo (e sganciato) contratto di assicurazione (nel senso di trasferimento dell'alea, anziché di mera garanzia per l'ipotesi di inadempimento di altro contratto), per il quale sarebbe evidentemente necessaria apposita e diversa procedura per la scelta dell'altro contraente (che avrebbe altri requisiti).

Tuttavia, dal contenuto del contratto principale si evince che le prestazioni dell'appaltatore comprendevano, oltre alla manutenzione, uno specifico obbligo di vigilanza e di intervento (e per tali obblighi legittimamente si esigeva la copertura assicurativa).

L'art. 10, primo comma del C.S.A. impone all'appaltatore l'adozione di tutte le specifiche misure precauzionali, volte a garantire la pubblica incolumità e la sicurezza del transito, procedendo successivamente alla indicazione di una serie di cautele le quali, sebbene di natura meramente esemplificativa, presentano il carattere comune di strumentalità a interventi manutentivi.

Il quarto comma dell'art. 10 CSA prevede l'espletamento di un servizio di vigilanza per l'osservanza degli obblighi di manutenzione.

L'articolo 11 del CSA prevede, per esempio, la cautela della apposizione di sbarramenti e segnali per misura di sicurezza pubblica.

Tali doveri di vigilanza dovrebbero essere intesi come meramente accessori ai doveri di manutenzione.

Il Collegio tiene ad osservare che, anche ove si accedesse alla opinione di ritenere gli obblighi di vigilanza, contenuti negli articoli 10 e 11 del capitolato speciale, non meramente accessori, ma della stessa importanza o addirittura prevalenti e tali da sminuire e quasi offuscare la portata dell'obbligo di mera manutenzione, tale prestazione (di vigilanza e di intervento) null'altro sarebbe che la espressione della volontà contrattuale dell'ente appaltante, come tale accettata dalle imprese partecipanti alla gara.

E ciò è tanto vero, che la medesima ricorrente non si è mai lamentata del contenuto (anche di vigilanza: artt. 10 e 11) del contratto che si apprestava a voler concludere, ma ha solo impugnato la propria esclusione, dovuta alla mancanza di copertura assicurativa anche per la vigilanza, impugnando congiuntamente il solo articolo 44 (che impone la copertura assicurativa per tutti gli obblighi di cui agli articoli 10 e 11, ivi compreso il dovere di vigilanza).

La copertura assicurativa di cui all'art. 44 CSA non ha fatto altro che estendersi a tutto il campo di esecuzione dell'appalto (artt. 10 e 11).

D'altronde, né l'obbligo di vigilanza, quale che sia la sua estensione, né il consequenziale obbligo di copertura assicurativa, sono in grado di elidere completamente il titolo di responsabilità di cui all'art. 2051 c.c., che stabilisce, come noto, una presunzione di responsabilità iuris tantum in capo al custode, che dovrà assumere su di sé l'onere della prova liberatoria.

Anzi, proprio tale titolo di responsabilità costituisce il motivo (non la causa) dell'appalto di manutenzione e vigilanza stipulato dal comune, a mezzo del quale, l'ente pubblico spera di diminuire in fatto le ipotesi di danno, e certamente anche di precostituirsi un soggetto coobbligato avverso il quale rivalersi, nei casi frequenti in cui terzi danneggiati ipotizzassero una sua responsabilità.

Per la funzione propria della copertura assicurativa, questa non poteva quindi non ricomprendere tutto l'oggetto (le prestazioni dell'appaltatore), ai sensi di legge, e sarebbe ingiustificata una sua dimidiazione (tale da coprire la manutenzione e non la vigilanza e l'intervento, che pure, come detto, fanno parte dell'accettato, e non contestato, oggetto del contratto).

D'altronde, la impugnazione, limitata alla esclusione e alla clausola relativa alla (estensione della) copertura assicurativa, non può essere in grado di inficiare, neanche in parte, il contratto principale, in quanto, come detto, né la impresa ricorrente, né le altre imprese che si sono trovate coinvolte nella vicenda, hanno impugnato o altrimenti espresso una volontà caducatoria avverso quella parte del contratto che fa riferimento all'obbligo di vigilanza (artt. 10 e 11 CSA).

In definitiva, una volta stabilito che, sia l'obbligo di manutenzione che l'obbligo di vigilanza e di intervento, facevano parte dei doveri dell'appaltatore, la copertura assicurativa (per rischi di inesecuzione) non poteva non estendersi a tutti tali obblighi.

Conseguentemente, è legittima la esclusione della partecipante alla gara, provvisoria aggiudicataria, che, invitata a produrre polizza assicurativa per rischi derivanti, oltre che da responsabilità civile verso terzi, anche da mancato servizio di vigilanza e relativo pronto intervento (ai quali doveri è tenuta contrattualmente), non vi provveda entro i termini previsti dalla legge.

Le considerazioni che precedono impongono la reiezione del ricorso.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Sezione I, rigetta il ricorso indicato in epigrafe. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 14 gennaio 2004, con l'intervento dei Magistrati:

Dott. Giancarlo Coraggio Presidente

Dott. Arcangelo Monaciluni Componente

Dott. Sergio De Felice Componente, est.