

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, con l'intervento dei signori magistrati ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 5429\2004 proposto da \*\*\*\*\* s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Tirone Pietro, rappresentata e difesa dagli Avvocati Giovanni Pitruzzella e Francesco Stallone ed elettivamente domiciliata nello studio di questi in Palermo, via Nunzio Morello n. 40, come da procura a margine del ricorso;

C O N T R O

il Comune di Sciacca in persona del Sindaco pro tempore, autorizzato a stare in giudizio mediante deliberazione della Giunta Municipale n. 254 del 30.12.2004, rappresentato e difeso dall'Avv. Antonino Serra con il quale è elettivamente domiciliato in Palermo, presso lo studio dell'Avv. Francesco Ruggeri, in via Trinacria n. 19, come da procura in calce alla copia notificata del ricorso;

- l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso la quale è domiciliata per legge a Palermo, via De Gasperi n. 81;

E NEI CONFRONTI

della \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Francesco \*\*\*\*\* , rappresentata e difesa dagli Avvocati Francesco Mistretta, Alessandra Gazzè e Maurizio Lino, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo a Palermo, viale della Libertà n. 171;

PER L'ANNULLAMENTO

-del verbale di aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto "Lavori di riassetto del complesso monumentale Fazello" nel Comune di Sciacca nella parte in cui ha ammesso l'impresa controinteressata e nella parte in cui applica la metodologia di cui alla deliberazione n. 285 5\6.11.2003 dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori Pubblici;

- del bando di gara pubblicato per estratto sulla G.U.R.S. n. 43 del 22.10.2004 e del correlato disciplinare di gara nella parte in cui, ai fini della determinazione della media finalizzata all'aggiudicazione della gara, richiama la deliberazione n. 285 5\6.11.2003 dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori Pubblici ;

- ove occorra, della deliberazione n. 285 5\6.11.2003 dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori Pubblici ;

- nonchè degli atti tutti, presupposti, connessi e consequenziali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti la memoria di costituzione ed il ricorso incidentale della controinteressata, nonchè la memoria di costituzione del Comune di Sciacca;

Vista l'ordinanza n. 4\05 del 14.1.2005, con la quale è stata respinta la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati;

Vista l'ordinanza n. 304\05 del 7.4.2005, con la quale il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha accolto l'appello avverso l'ordinanza n. 4\05 di questo T.A.R., e, per l'effetto, ha sospeso l'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Viste le memorie conclusionali depositate da tutte le parti del giudizio;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il Referendario Achille Sinatra;

Uditi, alla pubblica udienza del 19 luglio 2005, i procuratori delle parti come da verbale;

FATTO

Con ricorso notificato in data 16.12.2004 e depositato il successivo giorno 24, la \*\*\*\*\* s.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, relativi all'appalto di "Lavori di riassetto del complesso monumentale Fazello" indetto dal Comune di Sciacca con bando di gara pubblicato per estratto sulla G.U.R.S. n. 43 del 22.10.2004, del complessivo importo di € 1.062.592,90, aggiudicato, con l'impugnato verbale del 18.11.2004, alla odierna controinteressata \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l.

Esponde la ricorrente, in punto di fatto, che per la partecipazione alla procedura in questione erano pervenute al Comune di Sciacca n. 39 offerte, tutte ammesse all'esame dei ribassi, compresa quella della \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l., la quale avrebbe tuttavia omesso alcune delle dichiarazioni relative ad un direttore tecnico cessato dalla carica nel triennio precedente, ai sensi dell'art. 75 comma I del D.P.R. 554\99; e che, inoltre, in sede di calcolo della media delle offerte il seggio di gara avrebbe ricondotto ad unica entità le tutte offerte identiche, comprese quelle non risultate anomale, così determinando che la media delle offerte venisse computata non già in relazione a tutte le 30 offerte considerate regolari (a seguito della procedura di individuazione di quelle anomale mediante il c.d. taglio delle ali) bensì su di un numero di offerte inferiore, perchè ridotto a 19 in seguito dell'accorpamento ad unica offerta di tutte le offerte identiche non anomale.

Attraverso tale modo di procedere (adottato conformemente a quanto disposto nella deliberazione n. 285 5\6.11.2003 dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori Pubblici), la Commissione di gara aveva individuato una media aritmetica dei ribassi pari al 21,846 % sull'importo a base d'asta, una media aritmetica degli scarti pari a 0,065, e, di conseguenza, una soglia di anomalia pari al 21,911% di ribasso; sicchè era risultata aggiudicataria l'offerta della \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l., pari al 21,91% di ribasso, mentre la \*\*\*\*\* s.r.l. aveva offerto il 21,90% sull'importo a base d'asta.

La ricorrente, anche al fine di dimostrare il proprio interesse all'impugnazione proposta, sostiene che essa sarebbe risultata aggiudicataria nelle seguenti tre ipotesi, nell'occasione non percorse dal seggio di gara:

esclusione della \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l., e conseguente media finale pari al 21,911%;  
accorpamento ad unica entità delle sole offerte anomale, e non anche di quelle non anomale, e conseguente media finale pari al 21,906%;  
esclusione della \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l. e accorpamento ad unica entità delle sole offerte anomale, e non anche di quelle non anomale, e conseguente media finale pari al 21,906%.  
Tanto premesso, la \*\*\*\*\* s.r.l. affida il gravame a due mezzi:

1) Violazione dell'art. 75 comma 1 lett. C e comma 2 D.P.R. 554\1999 – Violazione e falsa applicazione del punto 3 del disciplinare di gara – Eccesso di potere per lesione della par condicio. – In asserita violazione delle norme sopra indicate e del disciplinare di gara, la \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l. avrebbe

omesso di dichiarare, in sede di offerta, a cura del proprio legale rappresentante o del diretto interessato, che a proposito di un direttore tecnico cessato da tale carica nel triennio precedente (il Geom. \*\*\*\*\* Filippo) negli ultimi cinque anni non erano stati estesi gli effetti delle misure di prevenzione della sorveglianza di cui all'art. 3 L. 1423\1956, irrogate nei confronti di un proprio convivente (punto 3, lettera B del disciplinare), e che non erano state emesse sentenze ancorchè non definitive relative a reati che precludono la partecipazione alle gare d'appalto di lavori pubblici (punto 3, lettera C del disciplinare), dichiarazioni previste a pena d'esclusione dal disciplinare di gara; sicchè l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 commi 1 e 1 bis L. 109\94, così come recepito in Sicilia dalla L.R. 7\2002 – Eccesso di potere per illogicità manifesta. – Stante l'assenza di una specifica previsione legislativa atta a disciplinare l'ipotesi in cui più offerte in gara presentino la medesima percentuale di ribasso, ed il collegamento diretto di tale ipotesi con il meccanismo del c.d. taglio delle ali ai fini della determinazione della soglia di anomalia delle offerte (meccanismo che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, tenderebbe a eliminare in radice l'influenza esercitata sulla media dei ribassi da offerte manifestamente distanti dai valori medi), occorrerebbe procedere all'accorpamento ad unica entità delle offerte identiche solo a proposito di quelle anomale, al fine di impedire che alcune di esse possano concorrere ad influenzare la media del ribasso. Tale essendo la ratio dell'accorpamento, non avrebbe senso (contrariamente a quanto ritenuto nella deliberazione n. 285 5\6.11.2003 dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori Pubblici) operare l'accorpamento anche per le offerte non anomale; operazione, quest'ultima, che nel caso di specie è stata invece effettuata dal seggio di gara.

La ricorrente ha concluso per l'accoglimento del ricorso, con vittoria di spese.

Si sono costituite in giudizio le parti intimete, svolgendo difese scritte.

La difesa del Comune di Sciacca ha replicato, quanto al primo motivo di ricorso, che le dichiarazioni omesse dalla \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l. non sarebbero state ritenute rilevanti dal seggio di gara, e che, quanto al secondo motivo, l'Amministrazione si è attenuta alla citata determinazione dell'Autorità di vigilanza.

B) La \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l. ha proposto rituale ricorso incidentale, con il quale ha impugnato, per asserita "Violazione e falsa applicazione del decreto del Ministero delle Attività produttive del 12 marzo 2004 n. 123", il verbale del 18.11.2004 nella parte in cui ha ammesso in gara la \*\*\*\*\* s.r.l., sulla scorta del seguente motivo.

La fideiussione bancaria prestata, quale cauzione provvisoria, dalla \*\*\*\*\* s.r.l., non sarebbe conforme allo schema di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli artt. 17 e 30 della L. 109\94 e del D.P.R. 554\99 come si evincerebbe dal paragone tra detto schema e la fideiussione concretamente presentata dalla ricorrente; onde quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

La controinteressata, inoltre, avverso l'impugnazione principale ha eccepito che le dichiarazioni di rito sarebbero state, tutte, effettuata dalla stessa \*\*\*\*\* Costruzioni s.r.l. in sede di gara, e che, comunque, non avrebbe senso richiedere che esse siano rilasciate dal soggetto cessato dalla carica, anche per le difficoltà di reperirlo; che l'operato dell'Amministrazione in punto di accorpamento delle offerte non anomale sarebbe stato legittimo, anche perchè ispirato alla citata determinazione dell'Autorità di vigilanza, peraltro neppure impugnata al tempo della sua pubblicazione, di guisa che la relativa censura sarebbe irricevibile.

La ricorrente, con memoria del 12.1.2005, ha replicato che nella specie non si applicherebbe il D.M. 123\04 -invocato nel ricorso incidentale-, trattandosi di fideiussione bancaria, asseritamente non

ricompresa nel disposto del citato D.M., che si riferirebbe solo alle polizze fideiussorie, nonchè per effetto della speciale disposizione dell'art. 24 L.R. 7\2002 come modificato dalla L. 7\2003, che, ai fini della cauzione provvisoria, prevede la produzione di fideiussione bancaria, fissandone l'importo nello 0,50% del totale dei lavori; in altri termini, non esisterebbe una schema tipo all'interno del citato D.M., che ricompreda le cauzioni provvisorie previste dalla normativa regionale siciliana in materia (art. 1 bis dell'art. 30 L. 109\94 come modificato dall'art. 24, comma I, L.R. 7\02).

C) Con ordinanza n. 42\05 del 14.1.2005 era stata respinta la domanda di sospensione del provvedimento impugnato, avuto riguardo ai probabili profili di fondatezza del ricorso incidentale.

Con l'ordinanza n. 304\05 del 7.4.2005 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede Giurisdizionale ha accolto l'appello avverso l'ordinanza n. 4\05 di questo T.A.R., rilevando, fra l'altro, che il ricorso principale appariva sostenuto da sufficienti elementi di fondatezza, mentre appariva dubbia l'applicabilità del D.M. 123\2004 alla fattispecie, trattandosi di fideiussione bancaria (da ciò deducendo, quindi, la probabile infondatezza del ricorso incidentale). Per l'effetto, il Giudice d'appello ha sospeso l'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Alla pubblica udienza del 19 luglio 2005, uditi i procuratori delle parti come da verbale, il ricorso è stato posto in decisione.

## DIRITTO

Ritiene il Collegio di dover esaminare, in via preliminare, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata \*\*\*\*\* Costruzioni, nel quale è agitata la pretesa sussistenza di una causa d'esclusione della ricorrente principale, il cui eventuale accoglimento comporterebbe la conseguenziale carenza d'interesse al gravame principale da parte di quest'ultima, che tenderebbe ad ottenere la modifica dell'esito di una gara cui essa non avrebbe avuto titolo a partecipare (C.G.A., 11.2.2005, n. 51).

Con l'unico motivo dell'impugnazione incidentale, infatti, la controinteressata sostiene l'illegittimità del verbale del 18.11.2004 nella parte in cui non è stata esclusa dalla competizione la \*\*\*\*\* s.r.l., (odierna ricorrente principale), che non avrebbe presentato una fideiussione per garanzia provvisoria conforme allo schema - tipo n. 1.1 di cui al D.M. 123\04.

Ritiene il Collegio che il ricorso incidentale sia fondato, e vada, pertanto, accolto.

La \*\*\*\*\* s.r.l. ha presentato, infatti, una fideiussione bancaria rilasciata, in data 11.11.2004, dalla Banca S. Francesco di Credito cooperativo di Canicatti, la quale, rispetto allo schema tipo 1.1 allegato al D.M. 123\2004 relativo alle cauzioni provvisorie, risulta mancante delle seguenti clausole negoziali:

- surrogazione del garante nei diritti della stazione appaltante (art. 5 schema - tipo 1.1);
- forma delle comunicazioni da farsi verso il garante (art. 6 schema tipo 1.1);
- inopponibilità alla stazione appaltante del mancato pagamento dei premi da parte del contraente (art. 7, II comma, schema tipo 1.1);
- foro competente (art. 8 schema tipo 1.1).

La rilevanza, nel senso propugnato dalla controinteressata, della mancanza, nella fideiussione della \*\*\*\*\* s.r.l., delle suddette clausole negoziali, previste dallo schema tipo citato quale contenuto necessario del negozio con funzione di garanzia, discende, in primo luogo, da un evidente argomento

testuale, costituito dall'art. 1, comma III del citato D.M., che prevede che "I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1."

Tale constatazione, in uno a quella della difformità dallo schema tipo della garanzia prodotta dall'impresa nel caso di specie, esonererebbe il Collegio dallo svolgere ulteriori considerazioni in ordine alla rilevanza, nel caso di specie, dell'assenza delle clausole sopra elencate dal negozio stipulato dalla \*\*\*\*\* s.r.l., in quanto la dizione dell'art. 1 sopra citato induce a ritenere che la valutazione di tale rilevanza sia già stata effettuata, a monte, dal Ministero competente all'emanazione del decreto.

E' questo l'orientamento espresso in precedenza da questo Tribunale (Sez. II, 1.12.2004, n. 2717), che individua nelle clausole di cui si è, sopra, verificata l'assenza nel documento prodotto dalla \*\*\*\*\* il contenuto necessario del negozio con funzione di garanzia.

Ritiene, al riguardo, il Collegio di dovere ulteriormente specificare che non pare rivestire particolare rilievo l'assenza, nella garanzia prodotta dalla ricorrente, della clausola, contenuta nell'art. 8 dello schema tipo in esame, che individua, quale Foro competente per le controversie (civilistiche) tra Garante e Stazione appaltante, quello di cui all'art. 25 c.p.c., ossia il Foro erariale; tale norma, all'evidenza, non può trovare applicazione alcuna –perchè sarebbe priva di qualsivoglia significato- per gli appalti delle Amministrazioni diverse da quelle dello Stato non difese dall'Avvocatura dello Stato, e dunque pure nel caso oggi all'esame del T.A.R.

Al contrario, altre norme pattizie indicate quale contenuto dei negozi fideiussori dal citato schema tipo, che, nella circostanza, non compaiono nella fideiussione prodotta dalla ricorrente principale, rivestono un'indubitabile rilevanza nel senso della tutela degli interessi dell'Amministrazione appaltante, in favore della quale la legge impone che sia rilasciata la garanzia.

Basti pensare all'art. 7 dello schema tipo, che, sul versante dei rapporti tra garante e stazione appaltante, dispone l'inopponibilità verso quest'ultima del mancato pagamento del premio o della commissione dovuti dal concorrente (obbligato principale); è del tutto evidente che tale clausola risponde all'interesse dell'appaltante, che non è parte del negozio fideiussorio, di non vedere lesa il proprio diritto di escutere la garanzia dall'inadempimento di una delle parti di detto rapporto.

Ciò premesso, ritiene il Collegio che non possano essere accolte le due distinte prospettazioni difensive della ricorrente principale in ordine alla pretesa inapplicabilità del D.M. 123\2004 al caso di specie.

Sostiene la \*\*\*\*\* s.r.l. che, in primo luogo, il citato decreto non si applicherebbe alle cauzioni rilasciate a norma dell'art. 30 della L. 109\94 come recepita in Sicilia per effetto dell'art. 24 comma 1 L.R. 7\2002, il quale, nel comma 1 bis introdotto nell'art. 30 citato, ha ridotto l'importo della citata garanzia allo 0,50% dell'importo a base d'asta per i negozi compresi tra 150.000 euro e la soglia comunitaria; ne deriverebbe l'assenza di uno schema tipo per dette garanzie, non potendo i partecipanti (ed i loro garanti) modificare gli schemi di polizza tipo, a pena di nullità per violazione di norme imperative.

Per di più, secondo la medesima prospettiva, in Sicilia potrebbero essere prodotte soltanto fideiussioni bancarie.

Osserva il Collegio che la previsione, nei negozi con funzione di garanzia stipulati per appalti banditi in Sicilia, di un importo della cauzione provvisoria mediante fideiussione bancaria pari allo 0,50% (e non del 2%) dell'importo a base d'asta, per i casi di contratti aventi importo compreso tra 150.000 euro e la soglia comunitaria, non può certo costituire una causa di nullità per violazione di norme imperative di siffatte fideiussioni, dal momento che le conformi pattuizioni sono direttamente discendenti proprio dall'applicazione del comma 1 bis dell'art. 30 L. 109\94, come recepito dalla L.R. 7\2002.

In altri termini, ciò che qui viene in considerazione non è tanto una modificazione dello schema tipo allegato al D.M. 123\2004, quanto, piuttosto, la necessaria applicazione, nell'ambito dell'ordinamento regionale, di una norma di legge regionale che pone una disciplina differente dalla norma di legge statale: il che, all'evidenza, da solo vale ad escludere la prospettata nullità per violazione di norme imperative.

Inoltre, quanto alla previsione, nella citata legge regionale, della sola fideiussione bancaria per i casi di dimidiazione dell'importo, valgono le considerazioni che seguono in ordine alla natura del garante abilitato a rilasciare le garanzie secondo il predetto schema – tipo.

Infatti, la seconda eccezione della ricorrente sul punto è nel senso che il D.M. 123\04 non si applicherebbe alle fideiussioni rilasciate dalle banche, ma solo a quelle rilasciate della imprese di assicurazione, in quanto esso richiamerebbe, reiteratamente, le polizze tipo per garanzie fideiussorie, che sarebbero negozi diversi dalle fideiussioni bancarie, e stipulabili solo dagli assicuratori.

Anche tale eccezione si rivela infondata.

Milita in favore del suo rigetto, in primo luogo, un argomento testuale.

L'art. 1, comma III, del citato D.M., prevede, come detto, che debbano essere conformi agli schemi tipo "i contratti fideiussori ed assicurativi"; l'art. 2, poi, nel porre le definizioni rilevanti ai fini del decreto, qualifica come "fideiussione" "la garanzia fideiussoria con la quale il Garante si obbliga personalmente verso il committente garantendo un'obbligazione del contraente"; e definisce "Garante" "la Banca, l'Intermediario finanziario o l'Impresa d'assicurazione che rilascia la garanzia fideiussoria".

Come si vede, l'esplicita previsione delle banche tra i "garanti" abilitati a rilasciare le "fideiussioni" smentisce in radice la prospettazione della \*\*\*\*\* s.r.l.

Nè può indurre a ritenere il contrario l'uso del termine "polizza", effettuato, nella circostanza, dal Ministero.

Nel sistema del codice civile, la "polizza" è il documento nel quale è riportato il contratto di assicurazione, che, a norma dell'art. 1888, I comma, deve necessariamente essere stipulato per iscritto ad probationem; e il relativo documento (definito, appunto, "polizza") deve essere rilasciato dall'assicuratore al contraente (art. 1888, II comma); se esso contiene le clausole "al portatore" o "all'ordine", il credito verso l'assicuratore che vi è riportato può essere trasferito a terzi con gli effetti della cessione (art. 1889 c.c.).

Sicchè, appare quantomeno dubbio che, utilizzando la dizione "polizza fideiussoria", il D.M. 123\04 abbia voluto riferirsi ad uno specifico tipo negoziale, diverso dalla fideiussione bancaria; è, al contrario, plausibile ritenere che esso abbia voluto così definire la fideiussione rilasciata dall'assicuratore, che però, sotto il profilo della causa negoziale, non è stata distinta dalla fideiussione bancaria.

Ma, soprattutto, -e trattasi di considerazione assorbente- è certo che, nella circostanza, il decreto non ha inteso in alcun modo escludere dalla propria disciplina le fideiussioni bancarie, attese le constatazioni testuali sopra riportate.

Pertanto, se è vero che con il termine "polizza" ci si riferisce comunemente ad un documento contenente un negozio di cui è parte un assicuratore, ciò non vuol certo dire che lo schema tipo in esame non abbia inteso riferirsi anche alle fideiussioni rilasciate dalle banche, pur se i documenti in cui esse sono riportate non sono denominabili "polizze".

Conclusivamente, il ricorso incidentale è fondato e va accolto, in quanto il verbale del 18.11.2004, là dove il seggio di gara non ha proceduto all'esclusione della \*\*\*\*\* s.r.l., non resiste alla censura avverso di esso dedotta dalla controinteressata, e va annullato in parte qua.

Da ciò deriva la sopravvenuta carenza d'interesse della ricorrente principale all'impugnazione da essa proposta, che va dichiarata improcedibile.

Le spese di lite, avuto riguardo ai particolari profili della controversia, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla il provvedimento con il medesimo impugnato nei limiti di cui in motivazione; dichiara improcedibile il ricorso principale.----

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 19 luglio 2005.

\_\_\_\_\_Presidente

\_\_\_\_\_Estensore

\_\_\_\_\_Segretario

Depositata in Segreteria il 12 settembre 2005      Il Direttore della Sezione