

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania – Sezione Quarta – nelle persone dei magistrati

Dr. Ettore Leotta – Presidente

Dr. Francesco Brugaletta – Consigliere

Dr. Dauno F.G. Trebastoni – Referendario, Relatore est.

ha pronunciato la seguente

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

N. 1024/05 Reg. Gen.

sul ricorso n. 1024/05,

proposto dall'Impresa edile stradale Cavallaro Cirino, in persona del legale rappresentante pro-tempore Cirino Cavallaro, rappresentata e difesa dall'avv. Edoardo Nigra, e domiciliata presso il suo studio, a Catania, via V. Giuffrida 37,

contro

il comune di Milo, non costituito,

e nei confronti

dell'impresa Fazio Angelo, non costituita,

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

dei verbali di gara n. 1 del 4 aprile 2005 e n. 2 del 5 aprile 2005, con cui il Comune ha ammesso alla gara, indetta per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e ripristino di infrastrutture danneggiate dagli eventi sismici, 39 ditte prive dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui all'art. 30, comma 2, della L. n. 109/94, aggiudicando l'appalto alla controinteressata, nonché, ove occorra, del bando di gara pubblicato l'11 marzo 2005, nella parte in cui omette di richiedere la presentazione dell'atto di impegno del fideiussore.

visti gli atti e i documenti depositati.

udito, all'udienza del 28 ottobre 2005, il relatore Ref. Dauno F.G. Trebastoni, e uditi, come da verbale, i difensori delle parti.

ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

fatto

Con bando pubblicato l'11 marzo 2005, il Comune intimato indiceva una gara pubblica per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione e ripristino di infrastrutture danneggiate dagli eventi sismici dell'ottobre 2002, con importo a base d'asta di € 111.364,44. Con i verbali impugnati la commissione di gara, verificati i requisiti di ammissione delle 63 ditte concorrenti, e aperte le relative buste, determinava il ribasso medio, incrementato dello scarto medio, in 23,1321%, e aggiudicava l'appalto alla controinteressata, che aveva offerto un ribasso del 23,13%.

Con ricorso notificato in data 20 aprile 2005, depositato il successivo 27 aprile, la ricorrente ha però chiesto l'annullamento degli atti di gara, sostenendo che l'aggiudicazione è illegittima, in quanto risultano ammesse alla gara 39 ditte prive di un requisito essenziale, consistente nella produzione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia fideiussoria qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

Con ordinanza n. 773 del 12 maggio 2005 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare, rilevando che "il ricorso principale appare fondato, in particolare perché l'esonero dalla presentazione della cauzione provvisoria non comporta anche l'esonero dal presentare l'impegno di un fideiussore a prestare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, perché la norma che prevede tale obbligo trova applicazione, ad integrazione del bando, a prescindere dalla circostanza che il bando stesso la richiami o meno, con la conseguenza che la mancata esclusione delle ditte che tale impegno non hanno prodotto è da considerare illegittima".

Il 21 ottobre 2005 la ricorrente ha depositato ulteriore memoria.

Sia il Comune che la controinteressata non si sono costituiti.

All'udienza del 28 ottobre 2005 la causa è stata chiamata per la discussione del merito, e posta in decisione.

diritto

Il ricorso in esame è fondato, e pertanto va accolto.

L'art. 30 della L. n. 109/94, come recepita con L.R. n. 7/2002, dispone, al comma 1, che "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, ...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".

Secondo il comma 1-bis del medesimo art. 30, per i lavori d'importo a base d'asta fino a 150.000 euro, come nel caso in esame, "la cauzione non è richiesta", e per il comma 2 "l'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fidejussoria del 10 per cento dell'importo degli stessi".

Quindi, nelle gare di appalto con base d'asta fino a € 150.000, come quella in esame, le ditte concorrenti sono tenute a presentare solo l'impegno di un fideiussore a rendere la garanzia fideiussoria di cui al comma 2 dell'art. 30.

La società ricorrente, unitamente ad altre 23 ditte concorrenti, ha adempiuto a tale prescrizione, presentando, oltre alla richiesta documentazione, anche l'impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia fideiussoria in caso di aggiudicazione.

La disposizione è stata invece disattesa dall'amministrazione con riferimento ad altre 39 ditte che non hanno presentato l'impegno del fideiussore, risultando pertanto prive della necessaria garanzia.

L'esclusione dalla gara di tali 39 ditte, con il mantenimento delle sole 24 imprese che hanno presentato l'impegno del fideiussore, condurrebbe ad una nuova media pari a 21,9757, con la conseguente aggiudicazione a favore della ricorrente, che ha offerto un ribasso del 13,51%.

È da tenere presente che un obbligo discendente direttamente dalla legge si impone anche se non è richiamato dalla *lex specialis* della gara (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 11 febbraio 2003 n. 700), con la conseguenza che la circostanza che il bando non prevedesse espressamente l'onere di presentare l'impegno del fideiussore risulta irrilevante, dovendo comunque trovare applicazione, ad integrazione del bando stesso, la norma di legge.

In conclusione, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento dei verbali impugnati, nella parte in cui ammettono le 39 ditte.

Poiché, come si è già rilevato, la ricorrente ha dimostrato che dall'esclusione di quelle 39 ditte sarebbe derivata l'aggiudicazione a suo favore, consegue l'obbligo per l'Amministrazione di stipulare con la stessa il relativo contratto, che non risulta già stipulato con l'aggiudicatario, nel qual caso, comunque, il contratto stesso, quanto meno per la parte di lavori non eseguita, potrebbe essere considerato inefficace, come questa Sezione ha già avuto modo di affermare (tra l'altro, con sentenza n. 2484 dell'8 settembre 2004; in termini cfr. anche Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004 n. 3465), ferma restando l'ulteriore possibilità di chiedere anche, in un secondo momento, il risarcimento del danno subito.

Nel caso di specie, la ricorrente ha in ricorso chiaramente rappresentato il proprio interesse a vedersi aggiudicata la gara, e ad avere quindi la reintegrazione in forma specifica. E il risarcimento per equivalente ha una funzione residuale e sussidiaria, potendo essere disposto solo quando non sia più possibile l'affidamento dell'appalto (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2003 n. 50; Id., sez. V, 6 marzo 2002 n. 1373, precisa che "in caso di annullamento della gara d'appalto il risarcimento del danno in forma specifica, anche attraverso l'adempimento parziale, costituisce un "prius", salvo che il debitore non denunci la maggiore gravosità rimettendosi all'apprezzamento del giudice").

Le spese tra ricorrente e Comune seguono la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo, mentre possono essere compensate quelle tra ricorrente e controinteressata, considerato che quest'ultima non si è neppure costituita.

p.q.m.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sez. IV, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i verbali impugnati.

Condanna il Comune al pagamento delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente, nella misura di 2.000,00 euro.

Compensa le spese tra ricorrente e controinteressata.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Amministrazione.

Così deciso, a Catania, nella Camera di Consiglio del 28 ottobre 2005.

L'ESTENSORE

Dr. Dauno F.G. Trebastoni

IL PRESIDENTE

Dr. Ettore Leotta

Depositata in Segreteria il 04 novembre 2005