

**Se un bando di gara richiede, tra le modalità di presentazione della cauzione provvisoria, l'osservanza degli obblighi di cui al dm 123/2004, la ditta va esclusa se né sul frontespizio né nelle condizioni di polizza, l'Amministrazione venga tutelata dal m**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Coperture assicurative

Il Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 5192 dell' 11 novembre 2005 si occupa, ancora una volta, di una ricorso che riguarda l'applicazione del dm 123 / 2004 sulle polizze tipo negli appalti pubblici di lavori

### **Le disposizioni della lex specialis**

Il bando prevedeva, infatti, a tale proposito, il deposito di "cauzione provvisoria bancaria nella misura e nei modi previsti dall'art. 30, comma 1 bis della L. 109/94 coordinato con le leggi regionali 7/2002 e 7/2003. La cauzione è conforme allo schema emanato con D.M. 12.3.2004, n. 123."

### **Il comportamento di una ditta**

La ditta, attuale ricorrente , invece, ha presentato una fideiussione che, oltre a presentare alcune inesattezze, mancava del tutto dell'art. 7 dello schema tipo, il quale prescrive che "Il mancato pagamento del premio-commissione non può essere opposto alla Stazione appaltante. Le somme pagate a titolo di premio-commissione rimangono comunque acquisite dal garante indipendentemente dal fatto che la garanzia cessi prima della data prevista dall'art. 2."

## **Il parere del giudice amministrativo**

Considerato che il Collegio non ravvisa alcuna ragione per discostarsi dal proprio precedente orientamento secondo cui le fideiussioni bancarie, ancorché non denominabili come “polizze” debbono essere comunque conformi allo schema fideiussorio tipo già richiamato (in tal senso già T.A.R. Palermo, III, 12 settembre 2005, n. 1464) ed atteso che la clausola in questione risponde, evidentemente, all’interesse dell’appaltante di non vedere lesa il proprio diritto ad escutere la garanzia a causa dell’inadempimento degli obblighi intercorrenti tra le parti del contratto fideiussorio ed ha quindi natura essenziale, si ritiene

di dover accogliere, sotto questo specifico profilo, il ricorso incidentale, ritenendo non conforme alla previsione del bando e della legge la garanzia presentata

### **Precedente giurisprudenza:**

Anche le fideiussioni bancarie rilasciate a garanzia degli obblighi e oneri relativi alla partecipazione di un appalto pubblico di lavori , a pena di esclusione, debbono essere rilasciate come da modello contenuto nel Dm123/2004 ancorchè tale norma imperativa si riferisca solo alle polizze tipo.

La ditta, giunta seconda, perde la possibilità di ricorrere davanti al Tar: possibile richiedere i danni alla Banca????

Come è già accaduto in altre circostanze, sono indubbi i principi fondamentali che il Tar Sicilia, sezione di Palermo esplicita attraverso le proprie decisioni.

Anche in questo caso, con la sentenza numero 1464 del 12 settembre 2005 possiamo trarre numerosi spunti di riflessione da quanto deciso in merito all’applicabilità o meno, del Dm 123/2004 anche alle fideiussioni bancarie.

La risposta a cui giungono i giudici palermitani non puo' che essere positiva in quanto, lo ricordiamo, nelle definizioni contenute nel decreto sulle polizze tipo, nel definire i fideiussori, il legislatore ha inteso così esprimersi:

Ö

“fideiussione” “la garanzia fideiussoria con la quale il Garante si obbliga personalmente verso il committente garantendo un’obbligazione del contraente”;

Ö

“Garante” “la Banca, l’Intermediario finanziario o l’Impresa d’assicurazione che rilascia la garanzia fideiussoria

Nell’emarginata sentenza, trattandosi un appalto sottoposto alla normativa regionale speciale, non si fa riferimento ad una norma nazionale che invece, gli operatori dei quei territori ove vige la Legge 109/99 s.m.i con il suo regolamento di cui al D.p.r. 554/99 s.m.i., non possono ignorare:

Ci riferiamo infatti all’ articolo 107 comma 4 del dpr 554/99 che così recita:

< Art 107 (Requisiti dei fideiussori)

1. Le garanzie bancarie sono prestate da istituti di credito o da banche autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

(...)

3. Le garanzie assicurative sono prestate da imprese di assicurazione autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'obbligo di assicurazione.

**4. Le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dell'industria di concerto con il Ministro dei lavori pubblici.>**

Queste sono le clausole mancanti nella fideiussione bancaria che, comportando l'esclusione (sancita dal giudice) della ditta che ha presentato una tale garanzia, giunta seconda nella gara e attuale ricorrente, ne fa derivare la sopravvenuta carenza d'interesse all'impugnazione da essa proposta, che va dichiarata quindi improcedibile

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).

Riteniamo possibile un'eventuale azione di richiesta del danno patito da parte della ditta nei confronti della Banca a cui si è rivolta.

Ci permettiamo ancora un'osservazione:

Va da sé che anche gli 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 come da Dpr 115/2004, per poter "giocare" negli appalti pubblici di lavori, dovranno adeguarsi alla normativa di cui al Dm 123/2004

A cura di \*\*\*\*\*

REPUBBLICA ITALIANA N.5192/05 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 1327/2005, Sezione III, proposto dalla società \*\*\*\* FRANCESCO S.a.s., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\*, ed elettivamente domiciliata in Palermo presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\*, in via Quintino Sella n. 77;

C O N T R O

Il COMUNE DI SERRADIFALCO, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'\*\*\*\*\*, ed elettivamente domiciliata in Palermo presso lo studio dell'avv. \*\*\*\*\*, viale G. Scaduto, n. 14;

e nei confronti

dell'Associazione Temporanea di Imprese \*\*\*\*. \*\*\*\*\*, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*, presso lo studio dei quali in Palermo, viale Libertà n. 171, è elettivamente domiciliata, ricorrente incidentale;

PER L'ANNULLAMENTO

- della determinazione n. 255, avente ad oggetto l'annullamento in autotutela del verbale di gara del 12.4.2005 relativo all'aggiudicazione dei lavori di completamento della delegazione comunale di Via cav. \*\*\*\*\* in favore dell'Impresa \*\*\*\* Francesco s.a.s. di \*\*\*\* Vincenzo & C. ed assunzione dei conseguenti provvedimenti;

- della nota prot.

n. 3519 del 4 maggio 2004 con cui il Presidente di Gara ha disposto la riapertura del seggio di gara del 12.4.2005 per l'appalto dei lavori di completamento della delegazione comunale di Via cav. \*\*\*\*\*;

- del verbale e delle operazioni di riapertura della gara di cui sopra celebrate il giorno 16 maggio 2005;

- del provvedimento di riammissione alla gara in questione dell'ATI \*\*\*\* Salvatore (capogruppo) e \*\*\*\* \*\*\*\*\* (mandante);

- della nuova aggiudicazione della gara di appalto in questione in favore dell'ATI \*\*\*\*. S.r.l. \*\*\*\* Carmelo, disposta nella seduta del 16 maggio 2005;

- di ogni altro atto presupposto o consequenziale, anche non conosciuto.

FATTO

A seguito dello svolgimento delle operazioni di gara conseguenti alla determinazione del Comune di Serradifalco n. 145 del 10 marzo 2005, i lavori di "Completamento della delegazione comunale di via Cav. \*\*\*\*\*" venivano affidati all'impresa \*\*\*\* Francesco s.a.s. di \*\*\*\* Vincenzo & C., la cui offerta era

risultata essere quella avente il ribasso (23%) più vicino alla media calcolata escludendo dalla gara le A.T.I. \*\*\*\* Salvatore/Li \*\*\*\* Salvatore Pio e A.T.I. \*\*\*\*. S.r.l./\*\*\*\* Carmelo in quanto non in possesso del requisito previsto dal bando e rappresentato dal “possesso della certificazione del sistema di qualità” da comprovarsi “in caso di associazione temporanea di imprese orizzontale e verticale, da ciascuna impresa componente”.

A seguito del reclamo presentato da una delle imprese escluse, ed alla luce del nuovo orientamento nel frattempo espresso dall’Autorità di Vigilanza, l’Amministrazione intimata, ritenendo che la certificazione di qualità debba essere posseduta da ciascuna impresa, in caso di A.T.I., solo nei limiti in cui ciò sia richiesto con riferimento alla quota di lavori che essa intende assumere, riammetteva alla gara l’\*\*\*\*\*/\*\*\*\*. Quest’ultima, la cui offerta presentava anch’essa un ribasso del 23 %, veniva quindi favorita dalla sorte nella successiva estrazione dell’offerta aggiudicataria.

Di tale aggiudicazione si duole la ditta \*\*\*\* s.a.s, deducendo:

- violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 10 della l. 241/90, recepita con la L.R. N. 10/91, per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento di riesame dell’originaria aggiudicazione;

- violazione e falsa applicazione dell’art. 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e del regolamento D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, artt. 3 e 4 - violazione e falsa applicazione dell’art. 3.3 del bando di gara  
- eccesso di potere per errore sui presupposti, difetto di motivazione ed illogicità;

- violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. - eccesso di potere per illegittimo esercizio del potere di revoca in autotutela - eccesso di potere per omessa motivazione sulle ragioni di interesse pubblico.

Si è quindi costituito in giudizio il Comune di Serradifalco, eccependo l’infondatezza dei vizi dedotti.



È stato altresì presentato ricorso incidentale a cura della controinteressata, la quale ha dedotto, oltre all'infondatezza del ricorso, la violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara, pag. 9, laddove prescrive il contenuto della busta "B" relativa all'offerta, violazione e falsa applicazione dell'art. 31 della legge n. 109/94, nonché la violazione dello schema di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste agli articoli 17 e 30 della legge 109/94.

All'udienza pubblica del 4 ottobre 2005 la causa, ritenuta matura, è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

Debbono essere preliminarmente esaminate, in quanto aventi natura pregiudiziale, le censure dedotte nel ricorso incidentale presentato dalla controinteressata avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale. Queste, infatti, avrebbero, in caso di loro accoglimento, efficacia escludente dell'interesse della ricorrente stessa al giudizio.

Più precisamente, l'ATI controinteressata ha evidenziato come dall'esame del bando emerga che: "Nella busta B devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti:

- ...omissis...

- dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante o da suo procuratore, contenente: l'indicazione del massimo ribasso percentuale del prezzo offerto rispetto all'importo dei lavori a base di gara al netto degli oneri per l'attuazione dei piani di sicurezza di cui al punto 3.4. del bando".

Nel caso di specie, invece, l'impresa ricorrente non ha, nella propria offerta, specificato che la percentuale di ribasso praticata deve essere intesa al netto degli oneri relativi alla sicurezza.

Ciò che appare però maggiormente determinante è l'ulteriore violazione in cui la ricorrente sarebbe incorsa all'atto della presentazione della propria domanda di partecipazione alla gara di appalto.

Il bando prevedeva, infatti, a tale proposito, il deposito di "cauzione provvisoria bancaria nella misura e nei modi previsti dall'art. 30, comma 1 bis della L. 109/94 coordinato con le leggi regionali 7/2002 e 7/2003. La cauzione è conforme allo schema emanato con D.M. 12.3.2004, n. 123."

La ditta \*\*\*\* Francesco s.a.s., invece, ha presentato una fideiussione del Banco di Credito cooperativo che, oltre a presentare alcune inesattezze, mancava del tutto dell'art. 7 dello schema tipo, il quale prescrive che "Il mancato pagamento del premio-commissione non può essere opposto alla Stazione appaltante. Le somme pagate a titolo di premio-commissione rimangono comunque acquisite dal garante indipendentemente dal fatto che la garanzia cessi prima della data prevista dall'art. 2."

Considerato che il Collegio non ravvisa alcuna ragione per discostarsi dal proprio precedente orientamento secondo cui le fideiussioni bancarie, ancorché non denominabili come "polizze" debbono essere comunque conformi allo schema fideiussorio tipo già richiamato (in tal senso già T.A.R. Palermo, III, 12 settembre 2005, n. 1464) ed atteso che la clausola in questione risponde, evidentemente, all'interesse dell'appaltante di non vedere lesa il proprio diritto ad escutere la garanzia a causa dell'inadempimento degli obblighi intercorrenti tra le parti del contratto fideiussorio ed ha quindi natura essenziale, si ritiene di dover accogliere, sotto questo specifico profilo, il ricorso incidentale, ritenendo non conforme alla previsione del bando e della legge la garanzia presentata.

Ne consegue che, data la già ricordata natura paralizzante di tale vizio, l'accertamento della sussistenza dello stesso determina la carenza di interesse a ricorrere in capo alla \*\*\*\* \*\*\*\*\* s.a.s., la quale doveva, per quanto sin qui detto, essere esclusa dalla gara.

Non rimane, pertanto, al Collegio altra possibilità che quella di dichiarare, per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, l'improcedibilità del ricorso introduttivo.

Data la complessità della materia sussistono comunque giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, sezione III, definitivamente pronunciando, accolto il ricorso incidentale, di natura pregiudiziale, dichiara improcedibile il ricorso introduttivo in epigrafe indicato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 4 ottobre 2005.

Depositata in Segreteria il 11 novembre 2005

<https://www.diritto.it/se-un-bando-di-gara-richiede-tra-le-modalita-di-presentazione-della-cauzione-provisoria-l-osservanza-degli-obblighi-di-cui-al-dm-1232004-la-ditta-va-esclusa-se-ne-sul-frontespizio-ne-nelle-condiz/>