

Fideiussione non valida se invece di operatività “entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante” contiene “...entro 15 giorni dalla denuncia di inadempimento”

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Mancata presentazione della garanzia definitiva non conforme alla legge e alla normativa di gara: revoca dell'aggiudicazione ed escussione della cauzione provvisoria

Il Tar per il Friuli Venezia Giulia, Sezione di Trieste, con la sentenza numero 104 del 22 marzo 2003 si occupa di un ricorso avverso la revoca di un affidamento di un appalto di lavori con relativa richiesta di escussione della garanzia provvisoria e sancisce alcuni importanti principi in tema di caratteristiche della garanzia definitiva e degli enti autorizzati ad emetterle.

Nella fattispecie emarginata l'art. 32 del capitolato speciale, al punto 2, prevedeva che la garanzia fideiussoria, a titolo di cauzione definitiva, ex art. 30, comma 2 della L. 109/1994 pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, doveva essere prestata mediante polizza bancaria o assicurativa, emessa da istituto autorizzato, con durata non inferiore a sei mesi oltre il termine previsto per l'ultimazione dei lavori; essa doveva essere presentata in originale alla Stazione appaltante prima della formale sottoscrizione del contratto.

Il Direttore regionale della stazione appaltante, ravvisava la incompletezza della documentazione inviata ed invitava, quindi, la ricorrente a regolarizzare la documentazione stessa :

“quanto all'atto di fideiussione - quale cauzione definitiva -

emesso dalla Compagnia **** s.p.a. occorre produrre - in alternativa ad una fideiussione bancaria o ad una polizza assicurativa - la apposita autorizzazione del Ministero del tesoro, del bilancio e della

programmazione economica prevista dall'art. 145, punto 50 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 per gli intermediari finanziarie svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie(ancorché la suddetta società risultasse iscritta nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385);

l'atto in parola, poi, non recava delle indicazioni essenziali:

,

segnatamente per quello che concerneva il suo oggetto,

,

la sua validità - che doveva protrarsi sino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio

,

la previsione della sua operatività "entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante" e non "...entro 15 giorni dalla denuncia di inadempimento"

L'adito giudice triestino, conferma l'operato dell'amministrazione pubblica sulla base delle seguenti argomentazioni:

1.

per quanto riguarda la durata della polizza non è dato riscontrare la conformità alla normativa di gara:

infatti l'art. 32 del capitolato speciale di appalto aveva stabilito una durata non inferiore a sei mesi oltre il termine fissato per l'ultimazione dei lavori: termine che dall'art. 14 del medesimo capitolato era previsto in giorni 600 naturali consecutivi decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori.

La polizza presentata dalla ricorrente prevedeva, invece, una durata di un anno: dal 5.11.2001 al 5.11.2002.

2.

La formulazione risulta del tutto diversa da quella stabilita dall'art. 30, comma 2-bis della L. 109/1994s.m.i.:

infatti, la fideiussione presentata dalla ricorrente, all'art. 4 delle "condizioni generali di fideiussione" prevedeva che la richiesta dell'ente doveva essere fatta entro 15 giorni dalla ricezione della denuncia di inadempimento avanzata dall'ente medesimo: come si vede, trattasi di

3.

Inutile dire della in conferenza del riferimento attoreo agli artt. 2 e 3 dell'atto di fideiussione, riguardanti il pagamento del premio, che nulla hanno a che fare con la durata della polizza: trattasi di clausole poste - in sostanza - a tutela della società finanziaria , e non già dell'Istituto intimato

4.

Per quanto riguarda il soggetto garante , il Collegio osserva che, come si è visto, non è stato documentato il rilascio della autorizzazione ministeriale in capo alla medesima società, e detta autorizzazione - de plano - costituiva una conditio sine qua non in base al richiamato art. 145, comma 50 della legge n. 388:

Su quest'ultima questione, il giudice amministrativo constata che :

“L'autorizzazione in parola costituisce - chiaramente - una condizione esplicita e non certo “implicita” per lo svolgimento della ripetuta attività, come sostiene erroneamente la ricorrente, affermando che l'accertamento dell'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385 del 1993 è sufficiente a dimostrare anche la presupposta avvenuta autorizzazione del Ministero

5.

l'indicazione del soggetto beneficiario della polizza era errata: infatti la polizza indicava come soggetto beneficiario la “Direzione generale del Friuli Venezia Giulia” dell' I.N.P.S., mentre il vero beneficiario era la “Direzione regionale del Friuli Venezia Giulia” dell' I.N.P.S

Cauzione provvisoria

Art. 30. L. 109/94 s.m.i.

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 fideiussione bancaria o **assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 [1] 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 del 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.

(comma così modificato dall'articolo 145, comma 50, della legge finanziaria 2001)

Art. 100 d.p.r 554/99

1. La cauzione provvisoria prevista dall'articolo 30, comma 1, della Legge può essere costituita a scelta dell'offerente in contanti o in titoli del debito pubblico o garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una Sezione di Tesoreria Provinciale o presso le aziende di credito autorizzate a titolo di pegno a favore delle stazioni appaltanti. La cauzione può essere costituita, sempre a scelta dell'offerente anche mediante fideiussione bancaria ovvero mediante polizza assicurativa fideiussoria con clausola di pagamento a semplice richiesta.

2. La cauzione provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno di un fidejussore verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto o della concessione

Cauzione definitiva

Art. 30. L. 109/94 s.m.i.

2. L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo degli stessi. In caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10 per cento, la garanzia fidejussoria è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; ove il ribasso sia superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento. La cauzione definitiva è progressivamente svincolata a decorrere dal raggiungimento di un importo dei lavori eseguiti, attestato mediante stati d'avanzamento lavori o analogo documento, pari al 50 per cento dell'importo contrattuale. Al raggiungimento dell'importo dei lavori eseguiti di cui al precedente periodo, la cauzione è svincolata in ragione del 50 per cento dell'ammontare garantito; successivamente si procede allo svincolo progressivo in ragione di un 5 per cento dell'iniziale ammontare per ogni ulteriore 10 per cento di importo dei lavori eseguiti. Lo svincolo, nei termini e per le entità anzidetti, è automatico, senza necessità di benestare del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati d'avanzamento lavori o di analogo documento, in originale o copia autentica, attestanti il raggiungimento delle predette percentuali di lavoro eseguito. L'ammontare residuo, pari al 25 per cento dell'iniziale importo garantito, è svincolato secondo la normativa vigente. Le disposizioni di cui ai precedenti periodi si applicano anche ai contratti in corso. La mancata costituzione della garanzia di cui al primo periodo determina la revoca dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione da parte del soggetto appaltante o concedente, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria. La garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio.

Art. 101
d.p.r 554/99

1.

La cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

2.

. La cauzione viene prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'appaltatore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno.

3.

Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'appaltatore. Le stazioni appaltanti hanno inoltre il diritto di valersi della cauzione per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'appaltatore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere.

4.

La stazione appaltante può richiedere all'appaltatore la reintegrazione della cauzione ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; in caso di inottemperanza, la reintegrazione si effettua a valere sui ratei di prezzo da corrispondere all'appaltatore.

Clausole particolari per provvisoria e definitiva

Art. 30. L. 109/94 s.m.i.

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

a cura di Sonia LAZZINI

repubblica italiana in nome del popolo italiano

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, nelle persone dei magistrati:

Vincenzo Sammarco - Presidente

Enzo Di Sciascio - Consigliere

Vincenzo Farina - Consigliere relatore

ha pronunciato la seguente

s e n t e n z a

sul ricorso n. 114/02 proposto dalla **società **** Costruzioni s.r.l.** , quale capogruppo dell'A.T.I. costituita con la società **** Leonardo s.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Abbatista e Vincenzo de Pinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cosimo D'Alessandro ,in Trieste,via Coroneo n. 41/2 ;

c o n t r o

l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale(I.N.P.S.) - Sede regionale del Friuli-Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante pro tempore,rappresentato e difeso dagli avv. A. Formicola e M. Rando,

con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale del Coordinamento Legale Regionale del Friuli-Venezia Giulia del medesimo Istituto, in Trieste, via C. Battisti n. 10;

e nei confronti

- della società **** & Co. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Luciano Sampietro e Giuseppe Sbisà, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi, in Trieste, via San Francesco n. 11;

- della società **** Officine Riunite s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

del provvedimento del Direttore regionale del Friuli-Venezia Giulia dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (I.N.P.S.) prot. n. 4-02 in data 11.1.2002, con il quale è stato revocato l'affidamento dei lavori di sistemazione logistica della Sede regionale del Friuli-Venezia Giulia dell' I.N.P.S., in via C. Battisti n. 10, già aggiudicati alla società ricorrente, ed è stata richiesta l'acquisizione della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 30, comma 1 e 2 della legge n. 104 del 1994;

- di ogni altro atto ad esso presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché per il risarcimento

del danno ingiusto derivante alla società ricorrente dall'esecuzione degli atti impugnati e dal comportamento tenuto dall'ente appaltante;

Visto il ricorso, ritualmente notificato e depositato presso la Segreteria generale con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti di causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 19.3.2003 la relazione del consigliere Vincenzo Farina ed uditi i difensori delle parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

f a t t o

Il provvedimento impugnato, per la parte che qui interessa (l'altra parte riguarda il diniego opposto dall'Istituto intimato a talune modifiche sostanziali nella esecuzione dei lavori richieste dalla società ricorrente), è così testualmente formulato: "Preso atto che non è stata fornita la richiesta documentazione

in ordine alle garanzie nelle forme previste dalla legge, che ciò deve intendersi come mancata costituzione della garanzia prevista dall'art. 30 della legge 109/94 e successive modifiche, nonché delle altre polizze assicurative richieste dallo stesso articolo, questo Istituto revoca l'affidamento dei lavori di cui alla comunicazione del 22/10/2001, prot. n. 484 e chiede l'acquisizione della cauzione provvisoria ai sensi dei commi 1 e 2 del citato art. 30".

L'art. 32 del capitolato speciale di appalto dei lavori de quibus, al punto 2, prevedeva che la garanzia fideiussoria, a titolo di cauzione definitiva, ex art. 30, comma 2 della legge n.109 del 1994 (prevista dal punto 1 dell'art. 32 in parola), pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, doveva essere prestata mediante polizza bancaria o assicurativa, emessa da istituto autorizzato, con durata non inferiore a sei mesi oltre il termine previsto per l'ultimazione dei lavori; essa doveva, poi, essere presentata in originale alla Stazione appaltante prima della formale sottoscrizione del contratto.

La ricorrente, vincitrice della gara di appalto, inviava la documentazione richiesta dall' I.N.P.S. per il perfezionamento del rapporto contrattuale con lettera del 22.10.2001.

Il Direttore regionale dell' I.N.P.S., con lettera del 21.11.2001, ravvisava la incompletezza della documentazione inviata ed invitava, quindi, la ricorrente a regolarizzare la documentazione stessa entro il termine del 30.11.2001; in particolare, si chiedeva che la aggiudicataria producesse la cauzione definitiva ai sensi dell'art. 32 del capitolato speciale d'appalto e degli artt. 30 della legge n. 109 del 1994 e 101 del D.P.R. n. 554 del 2000.

La ricorrente inviava la documentazione integrativa, ma una parte di essa non risultava - a giudizio dell' I.N.P.S. - conforme alla legge ed al capitolato speciale d'appalto.

Più specificatamente, l'Istituto, con lettera del 19.12.2001, rilevava - tra l'altro - che:

1) era errato l'indirizzo della sede I.N.P.S. del Friuli-Venezia Giulia;

2) quanto all'atto di fideiussione - quale cauzione definitiva -

emesso dalla Compagnia **** s.p.a. di Roma, occorre produrre - in alternativa ad una fideiussione bancaria o ad una polizza assicurativa - la apposita autorizzazione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica prevista dall'art. 145, punto 50 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 per gli intermediari finanziari (tale è la ***) che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie (ancorché la suddetta società risultasse iscritta nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385); l'atto in parola, poi, non recava delle indicazioni essenziali, segnatamente per quello che concerneva il suo oggetto, la sua validità - che doveva protrarsi sino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio - nonché la previsione della sua operatività "entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione

appaltante” e non “...entro 15 giorni dalla denuncia di inadempimento”, come precisato nell’atto stesso.

La lettera del 19.12.2001 concludeva assegnando alla ricorrente il termine di cinque giorni per produrre - in particolare - l’atto di fideiussione nei termini di cui si è detto(o, comunque, come si è visto, una fideiussione bancaria o ad una polizza assicurativa).

La ricorrente, con lettera del 3.1.2002, contestava quanto rappresentato dall’Istituto, non producendo la documentazione richiesta.

A sostegno del gravame la ricorrente ha dedotto i seguenti mezzi:

1) Violazione e falsa applicazione dell’art. 30 L. 109 del 1994- Violazione e falsa applicazione dei principi generali di urbanistica e degli artt. 1363 e 1366 c.c.- nonché degli artt. 31, 32 e 34 del capitolato speciale- Eccesso di potere per erroneità dei presupposti.

L’istante assume che il provvedimento impugnato si pone in palese violazione dell’art. 30 L. 109 del 1994, riguardante la prestazione di una cauzione pari al 10% dell’importo dei lavori a carico dell’aggiudicatario; in particolare, sostiene che la revoca dell’affidamento dei lavori avrebbe dovuto conseguire alla mancata costituzione della cauzione definitiva, mentre nel caso la cauzione definitiva è stata prestata.

Detta cauzione - sottolinea l’istante - si appalesa, contrariamente a quanto asserisce l’Istituto resistente, conforme alle attuali previsioni ordinamentali: in particolare, l’atto di fideiussione è stato prestato da una società regolarmente autorizzata.

La ricorrente precisa, poi, di avere indicato esattamente il nome del beneficiario, nonché l’oggetto della polizza: contrariamente a quanto sostenuto dall’Istituto resistente.

Anche per quanto riguarda la durata dell’efficacia della polizza - puntualizza l’istante - nessun rilievo poteva essere mosso da parte dell’Istituto resistente, posto che la polizza stessa è conforme a quanto stabilito dalle previsioni del capitolato speciale d’appalto.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7, 8 e 10 e segg. L. n. 241/1990- Violazione del principio di buona amministrazione di cui all’articolo 97 Cos. - Violazione dell’art. 3 della L. 241/1990 - Eccesso di potere per incongruità della motivazione, sviamento ed ingiustizia manifesta.

La deducente assume che l’Amministrazione avrebbe dovuto comunicarle l’avviso relativo all’avvio del procedimento ai sensi delle disposizioni

rubricate.

Lamenta poi la ricorrente che il termine di cinque giorni assegnatole dall'Istituto resistente per apportare le modifiche alla polizza fideiussoria era estremamente esiguo, e, quindi, è da considerarsi vessatorio.

3) Violazione dell'art. 3 L. 241/1990 - Violazione dell'art. 97 Cost.

La ricorrente lamenta che il provvedimento impugnato è affetto dal vizio di difetto di motivazione, non avendo l'Autorità precedente esplicitato il modo congruo l'iter logico seguito per addivenire alla revoca.

Si sono costituiti in giudizio l' I.N.P.S. e la società **** & Co. S.p.a., chiedendo il rigetto del gravame.

DIRITTO

1. In rito, il collegio rileva che la società ** & Co. S.p.a, terza classificata nella gara d'appalto in questione, non riveste la qualità di controinteressata, eppertanto va estromessa dal giudizio: la impugnata determinazione, infatti, non fa alcun cenno alla società evocata in giudizio dalla ricorrente; inoltre è a dirsi che la medesima società, comunque, non è suscettibile di ricevere un pregiudizio dall'annullamento giurisdizionale dell'atto impugnato: semmai, il pregiudizio può derivare alla impresa seconda classificata, ossia la società **** Officine Riunite s.r.l.: la quale è stata evocata in giudizio dalla ricorrente.**

Nel merito il ricorso è infondato.

Ragioni di economia processuale inducono il collegio ad esaminare congiuntamente tutti i motivi del gravame.

Il provvedimento impugnato, per la parte che qui interessa(l'altra parte riguarda il diniego opposto dall'Istituto intimato a talune modifiche sostanziali nella esecuzione dei lavori richieste dalla società ricorrente), è così testualmente formulato: "Preso atto che non è stata fornita la richiesta documentazione in ordine alle garanzie nelle forme previste dalla legge, che ciò deve intendersi come mancata costituzione della garanzia prevista dall'art. 30 della legge 109/94 e successive modifiche, nonché delle altre polizze assicurative richieste dallo stesso articolo, questo Istituto revoca l'affidamento dei lavori di cui alla comunicazione del 22/10/2001, prot. n. 484 e chiede l'acquisizione della cauzione provvisoria ai sensi dei commi 1 e 2 del citato art. 30".

L'art. 32 del capitolato speciale di appalto dei lavori de quibus, al punto 2, prevedeva che la garanzia fideiussoria, a titolo di cauzione definitiva, ex art. 30, comma 2 della legge n.109 del 1994(prevista dal punto 1 dell'art. 32 in parola), pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, doveva essere prestata mediante polizza bancaria o assicurativa, emessa da istituto autorizzato, con durata non inferiore a sei mesi oltre il termine previsto per l'ultimazione dei lavori; essa doveva essere presentata in originale alla Stazione appaltante prima della formale sottoscrizione del contratto.

La ricorrente, vincitrice della gara di appalto, inviava la documentazione richiesta dall' I.N.P.S. per il perfezionamento del rapporto contrattuale con lettera del 22.10.2001.

Il Direttore regionale dell' I.N.P.S., con lettera del 21.11.2001, ravvisava la incompletezza della documentazione inviata ed invitava, quindi, la ricorrente a regolarizzare la documentazione stessa entro il termine del 30.11.2001; in particolare, si chiedeva che la Ditta aggiudicataria producesse la cauzione definitiva ai sensi dell'art. 32 del capitolato speciale d'appalto, nonché degli artt. 30 della legge n. 109 del

1994 e 101 del D.P.R. n. 554 del 2000.

La ricorrente inviava la documentazione integrativa, ma una parte di essa non risultava - a giudizio dell'I.N.P.S. - conforme alla legge ed al capitolato speciale d'appalto.

Più specificatamente, l'I.N.P.S., con lettera del 19.12.2001, rilevava - tra l'altro - che:

1) era errato l'indirizzo della sede I.N.P.S. del Friuli-Venezia Giulia;

2) quanto all'atto di fideiussione - quale cauzione definitiva -

emesso dalla Compagnia **** s.p.a. di Roma, occorreva produrre - in alternativa ad una fideiussione bancaria o ad una polizza assicurativa - la apposita autorizzazione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica prevista dall'art. 145, punto 50 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 per gli intermediari finanziari (tale è la ****) che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie (ancorché la suddetta società risultasse iscritta nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385); l'atto in parola, poi, non recava delle indicazioni essenziali, segnatamente per quello che concerneva il suo oggetto, la sua validità - che doveva protrarsi sino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio - nonché la previsione della sua operatività "entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante" e non "...entro 15 giorni dalla denuncia di inadempimento", come precisato nell'atto stesso.

La lettera del 19.12.2001 concludeva assegnando alla ricorrente il termine di cinque giorni per produrre - in particolare - l'atto di fideiussione nei termini di cui si è detto (o, comunque, come si è visto, una fideiussione bancaria o ad una polizza assicurativa).

La ricorrente, con lettera del 3.1.2002, contestava quanto rappresentato dall'Istituto, non producendo la documentazione richiesta.

Il Collegio osserva che l'operato dell'intimato Istituto, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello procedimentale, va esente dalle censure attoree: esso appare, infatti, rispettoso non solo delle previsioni di gara, e, segnatamente del capitolato speciale d'appalto, ma anche delle disposizioni legislative applicabili nella fattispecie.

Ed invero, va innanzitutto detto che, a mente

l'art. 30, comma 2-bis

della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la fideiussione bancaria deve 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 fideiussione presentata dalla ricorrente, invece, all'art. 4 delle "condizioni generali di fideiussione" prevedeva che la richiesta dell'ente doveva essere fatta entro 15 giorni dalla ricezione della denuncia di inadempimento avanzata dall'ente medesimo: come si vede, trattasi di formulazione del tutto diversa da quella stabilita dall'art. 30, comma 2-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Per quanto riguarda la durata della polizza fideiussoria, l'art. 32 del capitolato speciale di appalto aveva stabilito una durata non inferiore a sei mesi oltre il termine fissato per l'ultimazione dei lavori: termine che dall'art. 14 del medesimo capitolato era previsto in giorni 600 naturali consecutivi decorrenti dalla data del verbale di consegna dei lavori.

La polizza presentata dalla ricorrente prevedeva, invece, una durata di un anno: dal 5.11.2001 al 5.11.2002.

Come si vede agevolmente, anche per quanto riguarda la durata della polizza non è dato riscontrare la conformità alla normativa di gara.

Inutile dire della incoerenza del riferimento attoreo agli artt. 2 e 3 dell'atto di fideiussione, riguardanti il pagamento del premio, che nulla hanno a che fare con la durata della polizza: trattasi di clausole poste - in sostanza - a tutela della società finanziaria, e non già dell'Istituto intimato.

Per quanto riguarda il soggetto garante - la Compagnia **** s.p.a. - il Collegio osserva che, come si è visto, non è stato documentato il rilascio della autorizzazione ministeriale in capo alla medesima società, e detta autorizzazione - de plano - costituiva una conditio sine qua non in base al richiamato art. 145, comma 50 della legge n. 388.

Questa disposizione stabilisce, infatti, che gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che svolgano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, debbano essere autorizzati all'esercizio di detta attività dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

L'autorizzazione in parola costituisce - chiaramente - una condizione esplicita e non certo "implicita" per lo svolgimento della ripetuta attività, come sostiene erroneamente la ricorrente, affermando che l'accertamento dell'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385 del 1993 è sufficiente a dimostrare anche la presupposta avvenuta autorizzazione del Ministero.

Questa affermazione è del tutto avulsa da una lettura letterale e logica dell'art. 145, comma 50 della legge n. 388, come sopra riportato.

Oltre a ciò l'Istituto intimato ha esattamente rilevato che l'indicazione del soggetto beneficiario della

polizza era errata: infatti la polizza indicava come soggetto beneficiario la “Direzione generale del Friuli Venezia Giulia” dell’ I.N.P.S.,
mentre il vero beneficiario era
la “Direzione regionale del Friuli Venezia Giulia” dell’ I.N.P.S.

Circa la asserita violazione degli articoli 7 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, il Collegio osserva che il principio della partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo sancito dagli articoli in parola non si realizza solo ed esclusivamente in seguito alla comunicazione dell’avvio del procedimento, dato che l’obbiettivo prefigurato da queste disposizioni ben può essere conseguito anche nel caso in cui il soggetto interessato abbia comunque avuto conoscenza del procedimento e sia stato comunque posto in condizione di parteciparvi, in particolare mediante produzione di scritti.

La giurisprudenza ha, in proposito, avvertito che l’obbligo di comunicare l’inizio del procedimento non ha natura formale, nel senso che non sussiste la violazione tutte le volte che, in concreto, l’interessato abbia comunque avuto notizia del procedimento o abbia comunque avuto modo di parteciparvi, evidenziando i fatti e gli argomenti che ritenga di addurre a suo favore (Cfr. Cons. St., V Sez., 6 settembre 1995, n. 1364 e IV Sez. 2 gennaio 1996, n. 3; T.R.G.A., Bolzano, 30 dicembre 1996, n.378; T.A.R. Campania, Salerno, 10 marzo 1999, n.57)

Nel caso di cui all’attuale controversia, come risulta dagli atti di causa, e, in particolare, dal carteggio intercorso tra la ricorrente e l’ I.N.P.S., non solo la prima era a conoscenza del procedimento che avrebbe portato alla revoca dell’aggiudicazione, ma ha avuto anche modo di intervenire in detto procedimento evidenziando le proprie ragioni.

D’altra parte è a dirsi che l’ I.N.P.S. aveva contestato in modo preciso ed esaustivo, in particolare con la lettera del Direttore regionale del 19.12.2001, l’incompletezza e la inidoneità della documentazione prodotta dalla ricorrente, segnatamente per quanto riguardava la prestazione della garanzia fideiussoria: la lettera in parola - in buona sostanza - può essere sussunta - alla stregua di un giudizio di equipollenza - nel paradigma dell’ avvio del procedimento, in quanto in base alla legge (art. 30, comma 2 della legge n. 109 del 1994), come si è visto, la mancata costituzione della garanzia determina la revoca dell’affidamento dei lavori.

Inutile dire, da ultimo, che il comportamento complessivo dell’Istituto intimato è stato improntato, oltre che alla esigenza di osservare scrupolosamente la normativa che governava il caso di specie, anche ai principi di correttezza e di buona fede, che
debbono sempre ispirare l’operato della Pubblica Amministrazione.

In questo contesto non appare - di certo - vessatorio, come vuole l’istante, il termine di cinque giorni fissato nella lettera del 19.12.2001 sopra richiamata: basti considerare che questa lettera fa seguito alle altre lettere - datate 22.10.2001 e 21.11.2001 -
con le quali il Direttore regionale dell’ I.N.P.S. invitava la ricorrente - che si rendeva però inadempiente -

a regolarizzare la situazione, mediante l'invio dei documenti richiesti (la seconda lettera fissava il termine del 30.11.2001).

2. Alla stregua delle complessive argomentazioni che precedono, il ricorso - previa estromissione dal giudizio della società **** & Co. s.p.a. - va respinto.

3. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

p. q. m.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione,

estromette dal giudizio la società **** & Co. s.p.a.;

rigetta il ricorso.

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese e competenze giudiziali nei confronti dell'Amministrazione resistente, che liquida in complessivi euro 2582 (duemilacinquecentottantadue).

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

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 19.3.2003.

Vincenzo Sammarco - Presidente

Vincenzo Farina - Estensore

f.to Vincenzo Sammarco - Presidente

f.to Vincenzo Farina - Estensore

f.to Eliana Nardon - Segretario

Depositata nella segreteria del Tribunale

il 22 marzo 2003

f.to il Segretario Generale

[1]

D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia

107. Elenco speciale.

1. Il Ministro del tesoro, sentite la Banca d'Italia e la CONSOB, determina criteri oggettivi, riferibili all'attività svolta, alla dimensione e al rapporto tra indebitamento e patrimonio, in base ai quali sono individuati gli intermediari finanziari che si devono iscrivere in un elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia (15/b).

2. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, detta agli intermediari iscritti nell'elenco speciale disposizioni aventi ad oggetto l'adeguatezza patrimoniale e il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni nonché l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni. La Banca d'Italia può adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti di singoli intermediari per le materie in precedenza indicate. Con riferimento a determinati tipi di attività la Banca d'Italia può inoltre dettare disposizioni volte ad assicurarne il regolare esercizio (15/c).

3. Gli intermediari inviano alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, segnalazioni periodiche, nonché ogni altro dato e documento richiesto.

4. La Banca d'Italia può effettuare ispezioni con facoltà di richiedere l'esibizione di documenti e gli atti ritenuti necessari.

4-bis. La Banca d'Italia può imporre agli intermediari il divieto di intraprendere nuove operazioni per violazione di norme di legge o di disposizioni emanate ai sensi del presente decreto (15/d).

5. Gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale restano iscritti anche nell'elenco generale; a essi non si applicano i commi 6 e 7 dell'art. 106.

6. Gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale, quando siano stati autorizzati all'esercizio di servizi di investimento ovvero abbiano acquisito fondi con obbligo di rimborso per un ammontare superiore al patrimonio, sono assoggettati alle disposizioni previste nel titolo IV, capo I, sezione I e III; in luogo degli articoli 86, commi 6 e 7, 87, comma 1, si applica l'articolo 57, commi 4 e 5, del testo unico delle disposizioni in materia di mercati finanziari, emanato ai sensi dell'articolo 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (15/e).

7. Agli intermediari iscritti nell'elenco previsto dal comma 1 che esercitano l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma si applicano le disposizioni dell'articolo 47 (15/f).

(15/b) Vedi, anche, il D.M. 13 maggio 1996, riportato al n. LXXI.

(15/c) Comma così sostituito dall'art. 64, D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, riportato al n. LXXII. Con Del.CICR 25 luglio 2000 (Gazz. Uff. 26 agosto 2000, n. 199) è stata stabilita l'organizzazione amministrativa, contabile ed i controlli interni degli intermediari finanziari inseriti nell'elenco speciale di cui al presente articolo.

(15/d) Comma aggiunto dall'art. 64, D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415, riportato al n. LXXII.

(15/e) Comma aggiunto dall'art. 211, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, riportato alla voce Borse di commercio.

(15/f) Comma aggiunto dall'art. 21, D.Lgs. 4 agosto 1999, n. 342.

<https://www.diritto.it/fideiussione-non-valida-se-invece-di-operativita-entro-15-giorni-a-semplce-richiesta-scritta-della-stazione-appaltante-contiene-entro-15-giorni-dalla-denuncia-di/>