

## **Difficoltà a emettere la definitiva da parte della Compagnia della provvisoria : dopo l'aggiudicazione, la garanzia deve essere presentata prima della stipula del contratto**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Il Tar della Basilicata, Sezione di Potenza, con la sentenza numero 655 del 30 luglio 2001 si occupa di un ricorso presentato dalla seconda classificata avverso la sottoscrizione del contratto di appalto con l'aggiudicataria, non in grado di presentare la polizza definitiva entro i termini imposti dall'Amministrazione comunale.

La doglianza presentata si basa sulla pretesa di considerare come perentorio e non ordinatorio il termine suddetto, atteso che in relazione all'attività della P.A. non esisterebbe una clausola generale come quella posta per il processo civile dal citato art. 152 cod. proc. Civ.

L'adito giudice amministrativo rigetta il ricorso considerando che la norma contenuta nell'articolo 30 della Legge 109/94 s.m.i. (non si fa menzione dell'articolo 101 del D.p.r. 554/99 emanato dopo i fatti oggetto della controversia) detta unicamente una regola fondamentale:

la garanzia definitiva deve essere presentata prima della stipula del contratto

prevedendo la revoca dell'affidamento dell'appalto (e quindi la non sottoscrizione del relativo contratto) in caso di inadempimento (pre contrattuale) dovuto a rifiuto a costituire la cauzione definitiva da parte dell'impresa aggiudicataria oppure nel caso di mancato rispetto di un termine espressamente definito perentorio dalla stessa Amministrazione.

Poiché in alcuna parte della lettera di invito il predetto termine è qualificato come perentorio, né la sua inosservanza è stata espressamente sanzionata con la revoca dell'aggiudicazione (né, ancora, la stazione appaltante ha contestualmente indicato alcuna data o termine ultimo per la stipulazione del contratto), per il Tar risulta del tutto legittimo il comportamento dell'amministrazione nell'aver comunque provveduto alla sottoscrizione del contratto di appalto

Anzi, conclude l'emarginata sentenza, non emergono elementi tali da far ritenere incongrua la valutazione dell'Amministrazione sulla sussistenza dei presupposti per non disporre la revoca dell'aggiudicazione: l'A.T.I. aggiudicataria aveva infatti tempestivamente segnalato le difficoltà incontrate nell'ottenere il rilascio della cauzione definitiva da parte della compagnia di assicurazione che aveva rilasciato la cauzione provvisoria ed il contestuale impegno a prestare cauzione definitiva in ipotesi di aggiudicazione definitiva.

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

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto dalla Soc. \*\*\*\* Costruzioni S.r.l. (in sigla \*\*\*\* S.r.l.), in persona del suo legale rappresentante pro tempore sig.ra \*\*\*\*\* , nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. costituita con la Soc. \*\*\*\*, rappresentata e difesa dall'avv.to \*\*\*\*\* , domiciliata ex lege in Potenza, alla via Rosica n. 89, presso la Segreteria del T.A.R. per la Basilicata;

**contro**



Policoro richiedeva all'A.T.I. aggiudicataria che, nel termine di dieci giorni, venisse depositata, tra l'altro, "...la cauzione definitiva per l'importo di €. 166.350.000 e per la durata di anni 2 (due), da prestare secondo le norme e con le modalità di cui all'art. 30 della L. 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni..".

Nel termine indicato nella predetta nota l'A.T.I. aggiudicataria non provvedeva al deposito della cauzione definitiva, si ché l'\*\*\*\*\* - \*\*\*\* S.r.l., con nota del 27.7.1999, richiedeva al Comune di Policoro l'assegnazione dell'appalto.

Successivamente l'Amministrazione comunale, esaminata ed approvata la relazione all'uopo stilata dal responsabile dell'Ufficio tecnico comunale, autorizzava, con deliberazione della G.M. n. 327 del 10.8.1999, la stipula del contratto di appalto con l'\*\*\*\*\* - \*\*\*\* S.r.l.

**2.** - Avverso detta deliberazione, impugnata unitamente alla relazione del dirigente dell'Ufficio tecnico ad essa allegata, insorge l'\*\*\*\*\* costruzioni S.r.l. - \*\*\*\* S.r.l. con ricorso notificato il 13 settembre 1999 e depositato il successivo giorno 16.

Con un unico motivo, l'A.T.I. ricorrente deduce il vizio di eccesso di potere sotto i profili della carenza nonché della omessa ed erronea considerazione dei presupposti, e della perplessità ed insufficienza della motivazione.

Sostiene, in particolare, che la avversata decisione di autorizzare la stipulazione del contratto con l'A.T.I. aggiudicataria sarebbe stata giustificata sull'assunto che il termine di 10 giorni assegnato per il deposito (tra l'altro) della cauzione definitiva avrebbe natura ordinatoria ex art.152 cod. proc. civ.

La giurisprudenza amministrativa avrebbe, invece, avvertito che il termine stabilito dall'Amministrazione avrebbe carattere perentorio, atteso che in relazione all'attività della P.A. non esisterebbe una clausola generale come quella posta per il processo civile dal citato art. 152 cod. proc. civ.

Pertanto, anche laddove difetti una espressa qualificazione di un termine come perentorio, non per questo esso dovrebbe essere sempre considerato come ordinatorio, dovendosi aver riguardo alla funzione cui esso adempie.

A seguire la tesi del Comune, invero, la stipulazione del contratto e la esecuzione dei relativi lavori verrebbe di fatto rimessa alla libera determinazione dell'impresa aggiudicataria.

Conclude, quindi, per l'accoglimento del ricorso, con annullamento degli atti impugnati e conseguente condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, ai sensi degli artt. 34 e 35 del D.L.vo n. 80 del 1998, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica.

Vinte le spese.

**3.** - Resiste alla presente impugnativa, con memoria di costituzione in giudizio depositata il 28 settembre 1999, il Comune di Policoro che, anche con successiva memoria difensiva depositata il 20 giugno 2001, ha difeso la legittimità degli atti impugnati, contrastando la fondatezza delle censure avversarie e concludendo per il rigetto del ricorso; spese vinte.

**4.** - In data 29 settembre 1999 si è costituita in giudizio anche l'A.T.I. controinteressata \*\*\*\* Giovanni - \*\*\* S.r.l. che ha sostenuto l'infondatezza del ricorso chiedendone, pertanto, il rigetto; spese vinte.

**5.** - Con memoria conclusiva depositata il 15 giugno 2001 l'A.T.I. ricorrente ha ulteriormente sviluppato le proprie tesi difensive, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

**6.** - Con ordinanza collegiale del 30 settembre 1999 n. 351, confermata in appello con ordinanza della V Sez. del Consiglio di Stato del 12 novembre 1999 n. 2480, è stata respinta la domanda incidentale di sospensione cautelare degli atti impugnati.

**7.** - Alla pubblica udienza del 12 luglio 2001, sentiti i difensori delle parti, il ricorso è passato in decisione.

## DIRITTO

**1.** - Il ricorso è infondato.

L'A.T.I. ricorrente lamenta, in sostanza, che l'aggiudicataria, non avendo depositato la cauzione definitiva richiesta nel termine indicato dall'Amministrazione comunale, avrebbe dovuto essere dichiarata decaduta dall'aggiudicazione, a norma dell'art. 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, il cui secondo comma prevede che "L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo degli stessi.....La mancata costituzione della garanzia 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 in graduatoria...".

Osserva in proposito il collegio che il citato art. 30 della L. 109/94 va rettammente interpretato nel senso che la garanzia debba essere indefettibilmente costituita prima della stipula del contratto. Esso si limita a prevedere, infatti, la revoca dell'affidamento dell'appalto in caso di evidente rifiuto a costituire la cauzione definitiva da parte dell'impresa aggiudicataria, la cui formalizzazione si realizza a seguito di una espressa volontà di inadempimento, oppure in caso di mancato rispetto di un termine espressamente definito perentorio dalla stessa Amministrazione.

Nel caso di specie, nella lettera di invito è stato testualmente previsto che "Dopo l'aggiudicazione definitiva l'impresa o l'A.T.I. aggiudicataria sarà invitata a presentare, entro 10 giorni dalla data di ricezione della comunicazione a mezzo di raccomandata r.r., la seguente documentazione:...2) la cauzione

definitiva.....”.

In alcuna parte della predetta lettera di invito il predetto termine è qualificato come perentorio, né la sua inosservanza è stata espressamente sanzionata con la revoca dell’aggiudicazione.

Nella successiva nota prot. n. 13263 del 17.5.1999 indirizzata all’A.T.I. aggiudicataria, l’Amministrazione comunale ha richiesto che “Per la stipulazione del relativo contratto, codesta A.T.I. deve far pervenire a questo ufficio, entro dieci giorni dal ricevimento della presente, la documentazione di seguito specificata:..5) la cauzione definitiva per l’importo di £. 166.350.000 e per la durata di anni 2 (due), da prestare secondo le norme e con le modalità di cui all’art. 30 della L. 109/94 e successive modificazioni ed integrazioni”.

Anche con la predetta nota il termine indicato per il deposito della cauzione definitiva non è stato espressamente qualificato come perentorio; né tale natura può aliunde desumersi atteso che la stazione appaltante non ha contestualmente indicato alcuna data o termine ultimo per la stipulazione del contratto.

A tanto ha, infatti, provveduto, come si ricava dalla documentazione versata in giudizio dall’A.T.I. controinteressata, soltanto con nota prot. n. 22563 del 3.9.1999, dopo l’adozione della impugnata deliberazione giuntale n. 327 del 10.8.1999.

Non era pertanto preclusa alla stazione appaltante la possibilità di vagliare le ragioni per le quali l’A.T.I. aggiudicataria ha costituito la garanzia definitiva in data successiva a quella indicata nella lettera di invito e nella nota del 17.5.1999, e quindi di valutare se il ritardo sia conseguente a comportamenti scusabili e non scorretti della stessa aggiudicataria, e, nel caso di valutazione in tal senso, di concludere il contratto.

Nella specie, non emergono elementi tali da far ritenere incongrua la valutazione dell’Amministrazione sulla sussistenza dei presupposti per non disporre la revoca dell’aggiudicazione.

Come, infatti, risulta sia dalla relazione del 6 agosto 1999, posta a base della impugnata deliberazione giuntale, sia dalla documentazione depositata in giudizio dall’A.T.I. aggiudicataria, quest’ultima aveva tempestivamente segnalato le difficoltà incontrate nell’ottenere il rilascio della cauzione definitiva da parte della compagnia di assicurazione che aveva rilasciato la cauzione provvisoria ed il contestuale impegno a prestare cauzione definitiva in ipotesi di aggiudicazione definitiva.

Il protrarsi delle segnalate difficoltà ha poi indotto prima l’A.T.I. aggiudicataria a fare richiesta (v. nota del 20.7.1999) al Comune di Policoro di poter presentare cauzione definitiva rilasciata da altra compagnia di assicurazione (diversa da quella che aveva rilasciato quella provvisoria), e, successivamente, il Comune stesso a richiedere (v. nota del 23.7.1999) un parere in tale senso al Ministero dei Lavori Pubblici.

Solo in data 26 luglio 1999 (v. nota del 27 luglio 1999 inviata dall’impresa \*\*\*\* Giovanni al Comune di

Policoro) la cauzione definitiva veniva finalmente rilasciata dalla compagnia di assicurazione che aveva prestato quella provvisoria.

Alla luce delle riferite circostanze, ritiene il collegio che l'operato della stazione appaltante non sia censurabile, in quanto il ritardo nel deposito della cauzione definitiva non è conseguente a comportamenti inescusabili e quindi scorretti dell'A.T.I. aggiudicataria.

**1.1.** - Con la memoria conclusiva depositata il 15 giugno 2001, l'A.T.I. ricorrente richiama, a sostegno delle censure formulate con l'atto introduttivo del giudizio, in particolare, l'art. 14 del capitolato speciale di appalto a norma del quale "la prestazione della cauzione definitiva e la firma del contratto di appalto dovranno avvenire perentoriamente nel termine che comunicherà l'Amministrazione alla ditta aggiudicataria dei lavori".

Osserva, in proposito, il collegio, come la richiamata disposizione, tralaticamente inserita nel corpo delle disposizioni costituenti il capitolato speciale, non è utilmente invocabile perché non applicabile.

Per come formulata, infatti, essa postula che sia fissato e comunicato un unico termine per un duplice adempimento: a) la prestazione della cauzione definitiva, b) la stipulazione del contratto.

Ma la lettera di invito, che -com'è noto- costituisce la *lex specialis* del procedimento di gara, tiene separati i due adempimenti, prevedendo, per ciascuno di essi, termini diversi: a) trenta giorni dalla data della comunicazione, per la stipulazione del contratto; b) dieci giorni, dalla data di ricezione della comunicazione a mezzo di raccomandata a r.r., per il deposito (tra l'altro) della cauzione definitiva.

La legge di gara costituisce, pertanto, un sistema chiuso, che non lascia dunque spazio alla richiamata previsione del capitolato speciale d'appalto. Esso, infatti, come esattamente afferma la stessa A.T.I. ricorrente nella memoria conclusiva, assolve alla funzione precipua di predeterminare il contenuto del contratto, e non è diretto a disciplinare il procedimento di gara se non in mera funzione integrativa della specifica legge di gara (bando e lettera di invito), che sul punto appare, però, come già detto, completa.

**2.** - L'infondatezza dell'azione impugnatoria comporta, com'è evidente, la reiezione anche della domanda di risarcimento del danno, in quanto la condotta della stazione appaltante non può ritenersi, per quanto fin qui considerato, illegittima.

**3.** - Quanto alle spese di giudizio, si rinvergono tuttavia motivi di equità per disporre l'integrale compensazione tra le parti.

**P.Q.M.**

**IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA BASILICATA**

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, addì 12 luglio 2001 dal

**Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata**

nella Camera di Consiglio con l'intervento dei signori:

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

PRESIDENTE F.F.

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

COMPONENTE Est.

\*\*\*\*\*



\*\*\*\*\*

COMPONENTE

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

SEGRETARIO

**Depositato in Segreteria il 30 luglio 2001.**

<https://www.diritto.it/difficolta-a-emettere-la-definitiva-da-parte-della-compagnia-della-provvisoria-dopo-l-a-ggiudicazione-la-garanzia-deve-essere-presentata-prima-della-stipula-del-contratto/>