

## **Fattispecie nella quale il Consiglio di Stato dichiara l'improcedibilità per difetto di interesse del ricorso di primo grado (attinente ad un'esclusione dalla gara per irregolarità concernenti la cauzione provvisoria) con conseguente annullamento senza**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Fondata è l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse per aver la costituenda ATI ricorrente in primo grado perduto la qualificazione per l'esecuzione dei lavori oggetto della gara.\_

E' infatti evidente che la predetta ATI non ha più interesse all'annullamento del provvedimento con il quale è stata esclusa dalla gara per irregolarità concernenti la cauzione provvisoria, non potendo comunque partecipare alla gara stessa per mancanza del requisito fondamentale della qualificazione ai lavori stessi.\_Va al riguardo precisato che il predetto rilievo non attiene ad un'eventuale illegittimità dell'ammissione alla gara, che avrebbe dovuto essere tempestivamente denunciata dagli altri concorrenti, bensì alla sussistenza di un concreto attuale interesse alla pronuncia giurisdizionale, che costituisce un requisito fondamentale dell'azione e che come tale è rilevabile d'ufficio da parte del giudice

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 2823 del 9 giugno 2008, inviata per la pubblicazione il 12 giugno 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< Né può sostenersi

che le società che avrebbero dovuto costituire l'ATI avrebbero comunque interesse ad ottenere, mediante l'annullamento di tutti gli atti di gara, la sua rinnovazione, potendo così partecipare in diversa composizione alla nuova gara.

Infatti le società si erano presentate alla gara come una costituenda ATI ed è tale soggetto

unitario che è titolare dell'interesse al corretto svolgimento della gara , senza che possa ipotizzarsi una pronuncia giurisdizionale a favore di soggetti estranei al giudizio.

Non può nemmeno prospettarsi l'utilità di una pronuncia per un'eventuale risarcimento dei danni conseguenti ad una mancata tempestiva aggiudicazione allorquando sussistevano tutti i requisiti di partecipazione, perché la richiesta di risarcimento danni era stata respinta dal Tar per mancanza di qualsiasi prova al riguardo e sul punto non vi è stata alcuna impugnazione da parte delle società interessate.>

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

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 2823/08 REG.DEC.

N.  
7605 REG:RIC.

ANNO 2006

Il  
Consiglio  
di  
Stato  
in  
sede  
giurisdizionale,

Quinta  
Sezione

ha pronunciato la seguente

### **DECISIONE**

Sul ricorso in appello n. 7605/2006  
del  
13/09/2006 , proposto dal

COMUNE DI FORMIA rappresentato e difeso dagli avv.ti \*\*\*\*\* e

\*\*\*\*\* con domicilio eletto in Roma  
VIA G. MERCALLI 13  
presso \*\*\*\*\*

contro

ALFA LAVORI S.R.L. rappresentata e difesa dagli avv.ti

\*\*\*\*\* e

SALVATORE NAPOLITANO con domicilio  
eletto in Roma  
VIA ZARA 16 presso  
SALVATORE NAPOLITANO

ALFABIS COSTRUZIONI S.R.L. rappresentata e difesa dagli avv.ti

\*\*\*\*\* e

SALVATORE NAPOLITANO con domicilio  
eletto in Roma VIA ZARA 16 presso  
SALVATORE NAPOLITANO

e nei confronti di

BETA S.R.L. rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\* SIGNORE con domicilio  
eletto in Roma P.LE DELLE MEDAGLIE D'ORO, 72

presso

\*\*\*\*\*

BETABIS S.R.L. rappresentata e difesa dall'avv. \*\*\*\*\* SIGNORE con domicilio  
eletto in Roma P.LE DELLE MEDAGLIE D'ORO, 72

presso

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

**per la riforma**

della sentenza del TAR LAZIO - LATINA 5 luglio 2006  
n.429,

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ALFA LAVORI S.R.L., ALFABIS COSTRUZIONI S.R.L., BETA  
S.R.L. e

BETABIS S.R.L.

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 18 Dicembre 2007 , relatore il Consigliere Caro \*\*\*\*\* , uditi gli avvocati

\*\*\*\*\* , per delega dell'avv. \*\*\*\*\* , e l'avv. \*\*\*\*\* , per delega dell'avv. \*\*\*\*\* ;

## **FATTO E DIRITTO**

1.

Con l'appello

indicato in epigrafe il comune di Formia ha impugnato la sentenza del Tar Lazio- Latina n.429/2006, con la quale è stato accolto il ricorso n. 322/06, proposto dalla

ALFA Lavori s.r.l., in proprio e quale designata mandataria della costituenda A.T.I. con la società ALFABIS Costruzioni s.r.l., nonché dalla ALFABIS Costruzioni s.r.l. in proprio, per l'annullamento del provvedimento di esclusione della predetta costituenda ATI dal pubblico incanto relativo ai lavori di realizzazione dei collettori fognari nell'ambito del territorio comunale di Formia, nonché del bando di concorso e relativo disciplinare di gara per la parte relativa alle prescrizioni in materia di cauzione provvisoria (con il medesimo ricorso era stata altresì richiesto il risarcimento danni , ma tale richiesta è stata respinta con la citata sentenza ).

2.

Si sono costituite in giudizio per resistere all'appello le sopramenzionate società ricorrenti in primo grado.

Si è altresì costituita in giudizio per sostenere le ragioni del Comune di Formia l'ATI tra CO.E.PA. s.r.l., mandataria e BETABIS s.r.l., mandante, aggiudicataria dell'appalto in questione.

3. Alla Camera di Consiglio del 10 ottobre 2006 la Sezione, con ordinanza n. 5276/06, ha respinto l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

4. Con successivo atto la citata ATI aggiudicataria della gara ha fatto presente che, dopo la predetta Camera di Consiglio, era venuta a conoscenza del fatto che la costituenda ATI ricorrente in primo grado non era più in possesso della prescritta qualificazione per l'esecuzione dei lavori previsti dal bando: categoria OG6 classifica V, in quanto dal sito del Casellario SOA- gestione certificati risultava che, alla data del 23 ottobre 2006, la Tirrenia Lavori s.r.l. aveva la categoria OG6 classifica \*\*\* (prima aveva la classifica IV), mentre la Derma Costruzioni s.r.l. non aveva più la stessa categoria OG6 (prima aveva detta categoria classifica III). L'ATI aggiudicataria chiedeva pertanto che fosse dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso originario e che nel frattempo venisse sospesa l'efficacia della sentenza di primo grado.

5.  
In vista della Camera di Consiglio del 19 dicembre 2006, nel corso della quale si sarebbe dovuta discutere quest'ultima istanza cautelare, il Comune di Formia ha presentata una memoria, con la quale ha aderito all'eccezione di sopravvenuto difetto di interesse al ricorso originario.

Le società ricorrenti in primo grado, sempre per tale Camera di Consiglio, hanno presentato anch'esse una memoria, con la quale hanno sostenuto che la mancanza, da parte delle medesime, dei requisiti di partecipazione andava tempestivamente dedotta nel corso del giudizio di primo grado o con rituale atto di appello e che comunque, tendendo il loro ricorso alla rinnovazione della procedura di gara, l'interesse alla pronuncia non sarebbe venuto meno, in quanto, una volta ottenuto tale risultato, potrebbero partecipare alla nuova gara in altra e diversa composizione.

6. Alla Camera di Consiglio del 19 dicembre 2006 l'istanza cautelare è stata riunita al merito.

Il Comune e di Formia e l'ATI aggiudicataria hanno prodotto ulteriori memorie con le quali hanno insistito sull'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse.

All'udienza del 18 dicembre 2007 la causa è stata discussa nel merito ed è passata in decisione.

7. Fondata è l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse per aver la costituenda ATI ricorrente in primo grado perduto la qualificazione per l'esecuzione dei lavori oggetto della gara.

E' infatti evidente che la predetta ATI non ha più interesse all'annullamento del provvedimento con il quale è stata esclusa dalla gara per irregolarità concernenti la cauzione provvisoria, non potendo comunque partecipare alla gara stessa per mancanza del requisito fondamentale della qualificazione ai lavori stessi.

Va al riguardo precisato che il predetto rilievo non attiene ad un'eventuale illegittimità dell'ammissione alla gara, che avrebbe dovuto essere tempestivamente denunciata dagli altri concorrenti, bensì alla sussistenza di un concreto attuale interesse alla pronuncia giurisdizionale, che costituisce un requisito fondamentale dell'azione e che come tale è rilevabile d'ufficio da parte del giudice.

Né può sostenersi

che le società che avrebbero dovuto costituire l'ATI avrebbero comunque interesse ad ottenere, mediante l'annullamento di tutti gli atti di gara, la sua

rinnovazione, potendo così partecipare in diversa composizione alla nuova gara.

Infatti le società si erano presentate alla gara come una costituenda ATI ed è tale soggetto

unitario che è titolare dell'interesse al corretto svolgimento della gara , senza che possa ipotizzarsi una pronuncia giurisdizionale a favore di soggetti estranei al giudizio.

Non può nemmeno prospettarsi l'utilità di una pronuncia per un'eventuale risarcimento dei danni conseguenti ad una mancata tempestiva aggiudicazione allorquando sussistevano tutti i requisiti di partecipazione, perché la richiesta di risarcimento danni era stata respinta dal Tar per mancanza di qualsiasi prova al riguardo e sul punto non vi è stata alcuna impugnazione da parte delle società interessate.

8. Va dunque dichiarata l'improcedibilità per difetto di interesse del ricorso di primo grado con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza impugnata.

Sussistono ragioni, in considerazione della particolarità della controversia , per disporre l'integrale compensazione della spese dei due gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, pronunciando sull'appello indicato in



epigrafe, dichiara l'improcedibilità per difetto di interesse del ricorso di primo grado e annulla senza rinvio la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 18 Dicembre 2007  
con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. \*\*\*\*\*

Cons. \*\*\*\*\*

Cons. \*\*\*\*\*

Cons. Caro \*\*\*\*\*.

Cons. \*\*\*\*\*

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Caro \*\*\*\*\*

f.to \*\*\*\*\*

IL SEGRETARIO

f.to \*\*\*\*\*

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 9/06/08**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

**IL  
DIRIGENTE**

**F.to \*\*\*\*\***

Questa è la sentenza di primo grado

La Scheda tipo 1.1 e la Scheda Tecnica 1.1 di cui al DM 123/2004 - eterointegrative della lex specialis del bando ed espressione di norme imperative inderogabili - abilitano i concorrenti a presentare alla stazione appaltante i (soli) relativi modelli (Scheda tecnica) debitamente compilati e sottoscritti per accettazione incondizionata delle condizioni previste nello Schema tipo.

L'adempimento deve ritenersi sufficiente, per fatto di norma giuridica - lex generalis che s'impone sulla lex specialis del bando - ad assolvere correttamente gli impegni in materia di cauzione provvisoria in sede di partecipazione alla gara. Nessun ulteriore onere, infatti, viene imposto al concorrente circa l'indicazione - nella polizza di garanzia provvisoria - della durata della cauzione definitiva, così lasciandosene intendere il rinvio recettizio alla durata normativamente predeterminata nell'art. 101, DPR 554/1999

Il Tar Lazio, Latina, con la sentenza numero 429 del 5 luglio 2006 ci insegna che:

Nella specie, detto adempimento (dichiarazione di impegno integrativa della cauzione definitiva) non risponde ad alcuno specifico e particolare interesse dell'Amministrazione atteso che questa è sufficientemente garantita, in punto di impegno cauzionale, dalla presentazione delle schede tecniche il cui contenuto copre sia la misura della cauzione provvisoria che l'impegno futuro a valere sulla (misura della) cauzione definitiva. Richiedere alle imprese concorrenti un'ulteriore produzione documentale, del tutto influente ai fini della garanzia, appare di inutile aggravio procedimentale e non rispondente ad un'apprezzabile utilità per l'amministrazione. Proprio perché non si tratta di un adempimento essenziale per il buon esito della procedura di gara, la sua mancanza non può comportare, dunque, l'esclusione della gara.

Neppure la mancata produzione della dichiarazione di impegno appare violare la par condicio dei

concorrenti. La ratio dell'art. 30, L. n. 109 del 1994, nonché dell'art. 9, c. 59, della L. n. 415 del 1998 (recante "Ulteriori modifiche alla L. n. 109/1994"), è quella di evitare - con il rinvio agli schemi di polizza tipo - incertezze documentali ed adempitive in un settore delicato come quello delle cauzioni. Ecco perché il Legislatore ha ritenuto di eterointegrare la lex specialis con gli schemi tipo attribuendo a questi pieno valore abilitante, sostitutivo di ogni altro documento. Pare evidente, dunque, che nessun vulnus al principio di imparzialità può cogliersi nella mancata produzione della (aggiuntiva) dichiarazione per il semplice motivo che l'impegno a prestare la cauzione definitiva per la durata stabilita dalla stazione appaltante (fino a dodici mesi dalla ultimazione dei lavori) non poteva non ritenersi giuridicamente compreso nella dichiarazione riportata nell'art. 1, c. 2, dello Schema Tipo 1.1 allegato alla domanda di partecipazione alla gara.

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

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO

Sezione staccata di  
LATINA

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

Sul ricorso n. 322/06 proposto dalle Imprese \*\*\*\* Lavori s.r.l., in proprio e quale designata mandataria della costituenda A.T.I. con la società \*\*\*\* Costruzioni s.r.l., in persona del proprio legale rappresentante \*\*\*\*\* e della \*\*\*\* Costruzioni s.r.l. in proprio, in persona del proprio legale rappresentante \*\*\*\*\*), rappresentate e difese, congiuntamente e disgiuntamente, dagli avv.ti \*\*\*\*\* e \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliate in Latina, al viale XVIII dicembre n. 43 (studio avv. \*\*\*\*\*);

contro

Comune di Formia, in persona del suo legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. \*\*\*\*\* dell'Avvocatura Comunale ed elettivamente domiciliato in Latina presso la Segreteria del Tar Lazio;

e nei confronti

di \*\*\*\*. srl, e \*\*\*\* srl., in persona del loro legale rappresentante, rappresentate e difese dall'avv. \*\*\*\*\* ed elettivamente domiciliato presso la Segreteria del Tar Lazio, sez. di Latina;

per l'annullamento

-del provvedimento di esclusione dal pubblico incanto relativo ai lavori di realizzazione dei collettori fognari nell'ambito del territorio comunale di Formia;

-per quanto possa occorrere, del bando di concorso e relativo disciplinare di gara per la parte relativa alle prescrizioni in materia di cauzione provvisoria;

nonché,

per il risarcimento del danno ingiusto

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Formia e della controinteressata;

Relatore il magistrato \*\*\*\*\*;

Per le parti come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

Svolgimento del processo

Con atto notificato il 27 marzo 2006 e depositato il successivo 7 aprile, i ricorrenti hanno impugnato gli atti in epigrafe.

Deducono un unico, articolato motivo del gravame per violazione e falsa applicazione:

-dell'art. 30, L. 109 del 1994;

-dell'art. 9, c. 59, L. n., 415 del1998;

-dell'art. 107, c. 4, DPR 554 del 1999;

-del D.M. n. 123 del 2004

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Formia e le controinteressate per resistere al gravame.

All'udienza del 9 giugno 2006 il ricorso è stato spedito in decisione.

#### Motivi della decisione

In limine, occorre escutere l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da entrambe le parti resistenti sul presupposto della tardività del gravame rispetto all'impugnativa del bando contenente clausole assertivamente di immediata lesività, quale quella relativa alla allegazione di una dichiarazione di impegno al rilascio della cauzione definitiva con una durata "specificata".

Per esaminare funditus tale eccezione non si può che prendere le mosse dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 23 gennaio 2003, ove si affrontano compiutamente le questioni concernenti la portata dell'onere di immediata impugnazione delle clausole dei bandi di gara diverse da quelle riguardanti i requisiti di partecipazione alla procedura selettiva.

Condividendo l'avviso espresso dalla sezione remittente, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara debba, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. Tuttavia, precisa l'Adunanza, non può essere escluso un dovere di immediata impugnazione delle clausole del bando in quei limitati casi in cui gli oneri imposti

all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale.

Tutto ciò discende pianamente dai principi generali che richiedono che sia l'interesse sostanziale (a tutela del quale si agisce) sia l'interesse ad agire siano caratterizzati dai requisiti della personalità e della attualità. Tali interessi devono, cioè, essere propri del soggetto ricorrente e devono avere riferimento ad una fattispecie già perfezionatasi; diversamente, infatti, si sarebbe di fronte ad interessi meramente potenziali.

A fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare. D'altra parte, prosegue l'Adunanza, ove l'esito negativo della procedura concorsuale dovesse effettivamente verificarsi, l'atto che chiude tale procedura facendo applicazione della clausola o della disposizione del bando di gara o di concorso, non opererà nel senso di rinnovare (con l'atto applicativo) una lesione già effettivamente prodottasi, ma renderà concreta ed attuale (ed in questo senso, la provocherà per la prima volta) una lesione che solo astrattamente e potenzialmente si era manifestata, ma che non aveva ancora attitudine (per mancanza del provvedimento conclusivo del procedimento) a trasformarsi in una lesione concreta ed effettiva.

Appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivano requisiti di partecipazione, non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizione di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale.

Clausole così caratterizzate riguardano, in primo luogo, requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti alla gara o al concorso. Val quanto dire, dunque, che esse afferiscono direttamente ed immediatamente ai soggetti stessi - e non, come nel caso di specie, le loro offerte o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara (quale, appunto, la dichiarazione di impegno al rilascio di una cauzione dalla



durata specificata) - e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi.

Esse fanno pure riferimento ad una situazione (di norma, una situazione di fatto) che è preesistente rispetto al bando, e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti, e non richiede valutazioni o verificazioni particolari. Sotto questo profilo, non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come è avvenuto nel caso di specie; o come, generalmente, avviene nel caso della valutazione dell'anomalia dell'offerta), ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.

L'Adunanza Plenaria, poi, ha ritenuto ancora opportuno ribadire l'indirizzo tradizionale, che normalmente esclude l'onere dell'immediata impugnazione del bando, nei confronti delle clausole che riguardano la composizione e il funzionamento del seggio di gara, che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica, tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia, e, infine, quelle che - come nella fattispecie in esame - definiscono gli oneri formali di partecipazione.

La Sezione condivide le argomentazioni dell'Adunanza Plenaria e conclude nel senso che non sussisteva, nel caso in esame, un onere di immediata impugnativa, in parte qua, del bando di gara non afferendo la clausola in questione ai requisiti soggettivi di partecipazione.

In punto di ammissibilità del ricorso, il Collegio rileva che neppure parte ricorrente era onerata di notificare il ricorso introduttivo alle aggiudicatrici (in associazione temporanea di imprese) movendosi l'impugnativa avverso l'atto di esclusione dalla gara nei cui confronti, notoriamente, non sono (ancora) individuabili soggetti controinteressati.

Nel merito, il ricorso è fondato.

Merita condivisione la censura con la quale i ricorrenti (in costituenda ATI) hanno contestato all'amministrazione civica il fatto che illegittimamente questa li avrebbe esclusi dalla gara per non aver presentato la dichiarazione, di un Istituto bancario ovvero di una Compagnia assicurativa, integrativa della cauzione provvisoria contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione, una fideiussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante "valida fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori".

La lettera di invito prevedeva tale adempimento al punto 8, lett. b), nonché al punto 7 del disciplinare di gara.

I ricorrenti sostengono che la dichiarazione di impegno assunta dal fideiussore per la costituzione della garanzia definitiva è conforme allo Schema polizza-tipo approvato con D.M. 12/3/2004, n. 123.

Deve, innanzitutto, concordarsi con i ricorrenti sulla natura normativa del D.M. n. 123/2004 (atto di regolamento interministeriale) e sulla sua forza eterointegrativa (norma imperativa) del bando. La natura giuridica del decreto ministeriale recante l'approvazione degli schemi tipo di polizza fideiussoria e assicurativa è stata, infatti, affrontata, e risolta nei sensi sopra detti, dal Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli \*\*\*\*\*\*, Adunanza Generale del 3/6/2002, n. 1635/2002. Questa Sezione condivide l'impostazione e le conclusioni rassegnate dall'Alto Consesso.

In prosieguo, queste le considerazioni del Collegio.

Dispone l'art. 30, c. 1, L. n. 109/1994 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, da prestare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli 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, e dall'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario".

Ai sensi dell'art. 100, c.2, D.P.R. n. 554/1999 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) la garanzia 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.

Recita l'art. 101, DPR 554/1999 che " La cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio e del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato".

Dispone l'art. 9, c. 59, della L. n. 415 del 1998 (Modifiche alla L. n. 109 del 1994) che "gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previste dall'articolo 30 della legge n. 109 del 1994 sono approvati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Statuisce l'art. 1 del DM 123/2004 (emanato in attuazione della prefata legge) che:

"Sono approvati gli schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli artt. 17 e 30 della L. 11/2/94, n. 109 e succ. mod. e int., e dal regolamento di attuazione approvato con D.P.R. 21/12/99, n. 554.

Gli schemi di polizza tipo sono contenuti nell'allegato al presente decreto.

I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1.

A fini di semplificazione delle procedure inerenti agli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle Stazioni appaltanti le sole schede tecniche, contenute nell'allegato al presente decreto, debitamente compilate e sottoscritte dalle parti contraenti”.

Lo schema tipo 1.1 - Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria - contempla all’art. 1, l’“Oggetto della garanzia”. Il secondo comma dell’articolato così recita: “Il Garante

si  
impegna  
nei  
confronti del Contraente a rilasciare  
la  
garanzia  
fideiussoria  
per  
la  
cauzione  
definitiva prevista dall'art. 30, comma 2, della Legge” (id est, legge n. 109/1994). L’art. 30, c. 2, della citata legge 109/1994 stabilisce che “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 fideiussoria 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 scheda tecnica definitiva (scheda tipo 1.1 - Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria -) costituisce parte integrante dello Schema Tipo 1.1 di cui al D.M. 123/2004 e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato Schema tipo. “La

sua  
sottoscrizione  
costituisce  
atto  
formale  
di accettazione incondizionata di tutte  
le  
condizioni previste nello Schema Tipo”.

Osserva il Collegio, che la Scheda tipo 1.1 e la Scheda Tecnica 1.1 - eterointegrative della lex specialis del bando ed espressione di norme imperative inderogabili - abilitano i concorrenti a presentare alla stazione appaltante i (soli) relativi modelli (Scheda tecnica) debitamente compilati e sottoscritti per accettazione incondizionata delle condizioni previste nello Schema tipo. L'adempimento deve ritenersi sufficiente, per fatto di norma giuridica - lex generalis che s'impone sulla lex specialis del bando - ad assolvere correttamente gli impegni in materia di cauzione provvisoria in sede di partecipazione alla gara. Nessun ulteriore onere, infatti, viene imposto al concorrente circa l'indicazione - nella polizza di garanzia provvisoria - della durata della cauzione definitiva, così lasciandosene intendere il rinvio recettizio alla durata normativamente predeterminata nell'art. 101, DPR 554/1999.

Riprova ne è il fatto che solo nella Scheda definitiva Tecnica 1.2-bis (art. 5) - riportante i dati e le informazioni necessarie all'attivazione del reintegro della somma garantita con la garanzia fideiussoria di cui al citato \*\*\*\*\* - viene imposto l'onere di indicare esattamente la durata della cauzione definitiva scelta dall'amministrazione tra quelle predeterminate nello Schema tipo 1.2 e nell'art. 101, D.P.R. n. 544/1999.

Ne consegue, che la cauzione provvisoria prestata dai ricorrenti è corretta siccome conforme allo Schema tipo 1.1 ed alla Scheda tecnica 1.1, entrambe eterointegrative del bando.

Resta da appurare, sotto altro profilo, se la clausola con la quale il Comune di Formia ha imposto l'onere di un ulteriore adempimento a carico dei concorrenti (dichiarazione di validità della cauzione definitiva fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori) sia o meno legittima in relazione ai canoni di esercizio della discrezionalità amministrativa in tema di gare. Tanto più che tale onere risulta assistito dalla sanzione della esclusione dalla gara.

Osserva il Collegio, che l'inosservanza di alcuni adempimenti stabiliti a pena di esclusione dal bando comporta comunque l'esclusione dalla gara quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Stazione appaltante o siano poste obiettivamente a garanzia della par condicio dei concorrenti (Consiglio, Sezione V n. 5843 del 15.11.2001 e n. 3870 del 30.6.2003; sez. IV n. 7380 del 15.11.2004 e n. 231 del 31.1.2005).

Nella specie, detto adempimento (dichiarazione di impegno integrativa della cauzione definitiva) non risponde ad alcuno specifico e particolare interesse dell'Amministrazione atteso che questa è sufficientemente garantita, in punto di impegno cauzionale, dalla presentazione delle schede tecniche il cui contenuto copre sia la misura della cauzione provvisoria che l'impegno futuro a valere sulla (misura della) cauzione definitiva. Richiedere alle imprese concorrenti un'ulteriore produzione documentale, del tutto ininfluenza ai fini della garanzia, appare di inutile aggravio procedimentale e non rispondente ad un'apprezzabile utilità per l'amministrazione. Proprio perché non si tratta di un adempimento essenziale per il buon esito della procedura di gara, la sua mancanza non può comportare, dunque, l'esclusione della gara.

Neppure la mancata produzione della dichiarazione di impegno appare violare la par condicio dei concorrenti. La ratio dell'art. 30, L. n. 109 del 1994, nonché dell'art. 9, c. 59, della L. n. 415 del 1998 (recante "Ulteriori modifiche alla L. n. 109/1994"), è quella di evitare - con il rinvio agli schemi di polizza tipo - incertezze documentali ed adempitive in un settore delicato come quello delle cauzioni. Ecco perché il Legislatore ha ritenuto di eterointegrare la *lex specialis* con gli schemi tipo attribuendo a questi pieno valore abilitante, sostitutivo di ogni altro documento. Pare evidente, dunque, che nessun *vulnus* al principio di imparzialità può cogliersi nella mancata produzione della (aggiuntiva) dichiarazione per il semplice motivo che l'impegno a prestare la cauzione definitiva per la durata stabilita dalla stazione appaltante (fino a dodici mesi dalla ultimazione dei lavori) non poteva non ritenersi giuridicamente compreso nella dichiarazione riportata nell'art. 1, c. 2, dello Schema Tipo 1.1 allegato alla domanda di partecipazione alla gara.

In conclusione, per quanto sin qui rassegnato, il ricorso impugnatorio va accolto.

Va respinta, invece, la domanda risarcitoria vuoi perché con la remissione in gara (ordinanza cautelare) i concorrenti hanno visto soddisfatto pienamente l'interesse partecipativo, strumentale al conseguimento (eventuale) del bene di vita (aggiudicazione); vuoi perché è comunque mancata, in concreto, ogni allegazione del danno in punto di *an* e *quantum debeatur* così restando la pretesa non comprovata.

La particolarità del caso esaminato costituisce giusta causa per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione staccata di Latina - accoglie, nei sensi e limiti in motivazione, il ricorso n. 322/06 meglio in epigrafe specificato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Latina nella Camera di Consiglio del  
9 giugno 2006.

IL 5 LUGLIO 2006

(art.55 L. 27.4.1982 n.186)

IL DIRETTORE DI SEGRETERIA

<https://www.diritto.it/fattispecie-nella-quale-il-consiglio-di-stato-dichiara-l-improcedibilita-per-difetto-di-int>

eresse-del-ricorso-di-primo-grado-attinente-ad-un-esclusione-dalla-gara-per-irregolarita-concernenti-la-cau/