

La cauzione definitiva deve valere fino al collaudo provvisorio

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Una garanzia definitiva presentata < mediante fideiussione destinata a rimanere efficace per 12 mesi> può essere accettata?

il Collegio stima di poter confermare la conclusione del primo giudice, in punto di insufficienza, rispetto al paradigma richiesto dalla lex specialis della specifica gara, della garanzia definitiva offerta dall'impresa ricorrente (oltre che da altre 22 ditte partecipanti alla procedura) in quanto non idonea ad assicurare che il garante definitivo resti obbligato, in ogni caso, fino "alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio", come richiesto dal cit. art. 30, comma 2-ter, ultimo periodo, nel testo vigente in Sicilia

Merita di essere segnalata la decisione numero 235 del 15 aprile 2009, emessa dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana

Esso, in ultima analisi, attiene alla verifica della validità della cauzione definitiva prestata dall'impresa BETA (e da altri 22 concorrenti, tutti peraltro collocati in graduatoria in posizione deteriore a quest'ultima) mediante fideiussione destinata a rimanere efficace per 12 mesi - secondo quanto richiesto dall'art. 101 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, peraltro richiamato nel C.S.A. - ma non fino "alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio", giusta il disposto dell'art. 30, comma 2-ter, ultimo periodo, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, per quale vigente e modificata in Sicilia dalla L.R. 2.8.2002, n. 7, richiamato invece dal bando di gara.

In proposito, il Collegio - pur dando atto della scarsa chiarezza della richiamata normativa complessivamente applicabile in Sicilia - non ritiene superabile il contrasto oggettivamente sussistente tra il richiamo operato dal bando di gara al cit. art. 30, comma 2-ter, da una parte; e quello risultante invece dal capitolato al cit. art. 101, dall'altra.

In tale contesto, non tanto in ragione della natura primaria della fonte richiamata nel bando rispetto a quella secondaria di cui al capitolato; quanto soprattutto in considerazione della prevalenza che la giurisprudenza ritiene debba attribuirsi alle clausole del bando rispetto a quelle del capitolato, allorché le une siano in insanabile contrasto con le altre, il Collegio stima di poter confermare la conclusione del primo giudice, in punto di insufficienza, rispetto al paradigma richiesto dalla lex specialis della specifica gara, della garanzia definitiva offerta dall'impresa BETA (oltre che da altre 22 ditte partecipanti alla procedura) in quanto non idonea ad assicurare che il garante definitivo resti obbligato, in ogni caso, fino "alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio", come richiesto dal cit. art. 30, comma 2-ter, ultimo periodo, nel testo vigente in Sicilia.

A cura di *****

N.
235/09

NN.

41

63

ANNO
2008

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello nn. 41/2008 e 63/2008, proposti da:

- Ric. n. 41/2008: ALFA COSTRUZIONI GENERALI s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliata in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso la signora *****;

contro

il COMUNE DI MISTERBIANCO, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Cordova n. 76, presso la segreteria di questo C.G.A.;

l'AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, in

persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via Alcide ***** n. 81, è per legge domiciliata;

e nei confronti di

IMPRESA BETA GEOM. GIOVANNI s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Libertà n. 171, presso lo studio dell'*****;

ETA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

DELTA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

- Ric. n. 63/2008: Impresa BETA Geom. ***** s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti ***** e ***** ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Libertà n. 171, presso lo studio del secondo;

contro

il COMUNE DI MISTERBIANCO, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliato in Palermo, via Cordova n. 76, presso la segreteria di questo C.G.A.;

la ALFA COSTRUZIONI GENERALI s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliata in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso la signora *****;

la ETA s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

il DIRETTORE RESPONSABILE pro tempore DELL'8° SETTORE DEL COMUNE DI MISTERBIANCO, non costituito in giudizio;

la DELTA s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. ***** ed elettivamente domiciliata in Palermo, via M. Stabile n. 43, presso lo studio dello stesso;

L'AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (sez. IV) - n. 1247 del 20 luglio 2007.

Visti i ricorsi, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'avv. ***** per il Comune di Misterbianco in entrambi i ricorsi, dell'Avvocatura dello Stato per l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, lavori, servizi e forniture nel ric. n. 41/08, dell'avv. S. Trimboli per l'impresa BETA Geom. ***** s.r.l. nel ric. n. 41/08, dell'avv. ***** per la ALFA Costruzioni Generale s.p.a. nel ric. n. 63/08 e dell'avv. D. Messina per la DELTA s.p.a. nel ric. n. 63/08;

Viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Relatore, alla pubblica udienza del 16 ottobre 2008, il Consigliere *****;

Uditi altresì l'avv. ***** e l'avv. S. Trimboli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Viene in
decisione l'appello avverso la
sentenza indicata in epigrafe che ha dichiarato inammissibili o improcedibili ovvero ha respinto i ricorsi
delle imprese qui appellanti avverso gli atti della gara d'appalto per i lavori di realizzazione del secondo
lotto del sistema fognario e depurativo comunale, per un importo a base d'asta di € 5.905.737,59, che -
all'esito di un assai articolato iter procedimentale - è stato infine aggiudicato a un'impresa terza, la
DELTA s.p.a..

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - I due appelli in epigrafe devono essere riuniti, ex art. 335 c.p.c., in quanto proposti avverso la
medesima sentenza.

2. - Per meglio comprenderli, giova riassumere i fatti occorsi.

2.1. - La gara in esame era inizialmente aggiudicata all'impresa ETA s.p.a., a seguito d'un sorteggio con l'impresa BETA che, avendo offerto un ribasso identico, si collocava al secondo posto.

Veniva però successivamente accertato che la documentazione utilizzata dalla ETA evidenziava numerose irregolarità e che inoltre la relativa SOA - sia pure per fatti soggettivamente non imputabili all'impresa, ma a una sua dante causa - era stata revocata; sicché era avviato, previa sospensione dei lavori, il procedimento di revoca dell'aggiudicazione alla ETA.

Quest'ultima, ricevutone l'avviso, ha comunicato al Comune di Misterbianco l'intenzione di cedere il proprio ramo d'azienda, nonché il contratto medio tempore stipulato per l'esecuzione dei lavori, a un'altra impresa in possesso dei necessari requisiti, ossia alla ALFA che, avendo partecipato alla stessa gara, si era classificata al terzo posto (precisamente dopo l'impresa BETA, di cui si è già detto).

Effettuata tale cessione, il Comune archiviava il procedimento di revoca dell'aggiudicazione.

Sopravveniva quindi un parere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, richiesto dal Comune, nel senso dell'invalidità del contratto stipulato con la ETA, per mancanza della SOA, nonché, conseguentemente, della cessione di esso alla ALFA; sicché l'Autorità invitava il Comune "alla revoca dell'aggiudicazione, alla risoluzione del contratto stipulato, all'escussione della polizza definitiva e alla segnalazione alla [stessa] Autorità".

Il Comune, provvedendo conformemente a tale sollecitazione, revocava in autotutela l'aggiudicazione sia all'ETA sia alla ALFA, e aggiudicava la gara all'impresa BETA.

Avverso tale nuovo provvedimento insorgeva la ALFA, mentre la BETA proponeva ricorso incidentale per censurare la fideiussione di ALFA (perché non estendeva fino al collaudo il termine d'efficacia).

Dopo un'ordinanza cautelare (T.A.R. Catania n. 1503/2006), il Comune ha operato l'ennesimo intervento in autotutela, revocando l'aggiudicazione all'impresa BETA e riaprendo la gara; da cui ha escluso tutte le ventitre imprese con fideiussione limitata a 12 mesi, aggiudicando infine l'appalto alla DELTA che avviava i lavori.

Avverso tale ultimo provvedimento di aggiudicazione ha proposto motivi aggiunti la BETA, ma non anche la ALFA.

2.2. - Il T.A.R., sui ricorsi dell'impresa ALFA, ha dichiarato:

1) improcedibile il ricorso contro l'aggiudicazione alla BETA, essendo stato il provvedimento medio tempore revocato in autotutela;

2) inammissibile il ricorso incidentale della BETA - in tesi di parte paralizzante, giacché volto a far dichiarare l'invalidità della fideiussione della ricorrente principale ALFA - perché la ricorrente agiva nella mera qualità di avente causa da ETA e dunque a prescindere dalla (ritualità della) sua stessa partecipazione alla gara;

3) inammissibili i motivi aggiunti proposti con una mera relatio a quelli introdotti col ricorso principale e - soprattutto - inammissibili tutti i ricorsi principali e i motivi aggiunti per omessa impugnazione del provvedimento finale, di esclusione di tutti i 23 concorrenti con fideiussione prestata per soli 12 mesi e non fino al collaudo e di contestuale aggiudicazione all'impresa DELTA, posto che tale ultimo atto non sarebbe meramente confermativo dell'impugnata determinazione di esclusione della ETA e che pertanto avrebbe dovuto essere autonomamente impugnato.

2.3. - Sui ricorsi dell'impresa BETA, la sentenza ha dichiarato:

1) inammissibile il ricorso contro l'archiviazione del procedimento di revoca dell'aggiudicazione della gara alle imprese ETA e ALFA, in accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla ALFA e volto a far dichiarare, quale autonomo motivo di esclusione, l'inadeguatezza della fideiussione presentata dalla BETA (perché - sebbene valida per 12 mesi, ex art. 101 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, richiamato dal C.S.A. - non prevedeva la propria efficacia fino alla data di emissione del certificato di collaudo, ex art. 30, comma 2-ter, ultimo periodo, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, per quale vigente in Sicilia con le modificazioni apportate dalla L.R. 2 agosto 2002, n. 7, come richiesto dal bando);

2) infondato il ricorso avverso la revoca dell'aggiudicazione a se stessa della gara, proprio per detto vizio della propria fideiussione;

3) infondati, ancora per la stessa ragione, i ricorsi per motivi aggiunti (per illegittimità derivata) proposti avverso gli ulteriori atti del procedimento e l'ultima aggiudicazione all'impresa DELTA.

3. - Si esaminerà per primo l'appello dell'impresa ALFA.

3.1. - Il suo primo motivo confuta la sentenza gravata, nella parte in cui ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti proposti con una mera relatio a quelli introdotti col ricorso principale e, soprattutto, inammissibili tutti i ricorsi principali e i motivi aggiunti, per essere stata omessa l'impugnazione dei provvedimenti finali di esclusione dei 23 concorrenti con fideiussione prestata per soli 12 mesi (anziché fino al collaudo) e di contestuale aggiudicazione alla DELTA.

L'appellante assume trattarsi di atti meramente confermativi che, come tali, non necessiterebbero di autonoma impugnazione, la cui caducazione deriverebbe direttamente dall'accoglimento del ricorso.

Il motivo è infondato.

Tra gli atti non impugnati dalla ALFA - neppure con motivi aggiunti, volti a far dichiarare l'illegittimità derivata dai motivi di ricorso inficianti gli atti presupposti e posti a fondamento delle azioni di annullamento proposte dall'appellante - si annovera l'ultimo provvedimento di aggiudicazione della gara alla DELTA.

In disparte ogni considerazione circa l'efficacia caducante (assunta dall'appellante), o invece meramente viziante, dell'ipotetico accoglimento dei gravami proposti dalla ALFA rispetto ai successivi atti, invero endoprocedimentali, con cui è stata disposta l'esclusione, per vizi attinenti la **cauzione** definitiva, di 23 concorrenti che versano nella stessa situazione della stessa ALFA (garanzia limitata a 12 mesi), è rilievo dirimente che il procedimento di gara si sia infine concluso con l'aggiudicazione dei lavori all'impresa

DELTA s.p.a..

Rispetto a tale ultimo atto di aggiudicazione - di cui non può negarsi la valenza provvedimentoale, e dunque esoprocedimentale - il Collegio reputa che sarebbe stata necessaria l'espressa impugnazione.

Invero, "nella giurisprudenza di questo Consiglio l'esclusione del concorrente determina quell'arresto procedimentale che giustifica, sul piano dei principi che governano la materia, l'impugnazione dell'atto prodromico, ferma in ogni caso la necessità di impugnare, anche l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta" (così, da ultimo, C.d.S., V, 9 giugno 2008, n. 2883).

Il principio, che merita conferma, va applicato al caso in esame.

Sicché, almeno in riferimento alla sopravvenuta aggiudicazione della gara de qua all'impresa DELTA, non può seguirsi l'assunto di parte appellante in punto di efficacia direttamente caducante delle impugnazioni proposte; ma deve invece predicarsi - in conformità a quanto statuito dalla sentenza di primo grado - il difetto di interesse a queste ultime, quale diretta conseguenza della consolidazione degli effetti di tale nuova aggiudicazione per non averla la ALFA impugnata mediante la proposizione di motivi aggiunti, quantomeno al fine di far valere rispetto a essa l'invalidità derivata da vizi degli atti presupposti.

La declaratoria di inammissibilità resa in prime cure - sia pure con la precisazione, invero meramente terminologica, che, trattandosi di difetto di interesse sopravvenuto nel corso del giudizio, i ricorsi proposti risultano improcedibili, piuttosto che inammissibili - deve dunque trovare piena conferma in questa sede.

La reiezione del primo motivo di appello, confermando la declaratoria di difetto di interesse a tutte le impugnazioni proposte da ALFA relativamente alla gara in discorso, preclude l'esame degli altri.

4. - Passando all'esame del gravame proposto dall'impresa BETA, preliminarmente si rileva che non sussistono analoghe ragioni di inammissibilità o improcedibilità dei ricorsi di primo grado, giacché quest'ultima appellante ha tempestivamente censurato, in prime cure, gli ulteriori atti di gara, culminati con l'aggiudicazione a un terzo.

L'interesse al ricorso è dunque di piena evidenza, dal momento che in caso di riscontrata illegittimità del provvedimento di revoca in autotutela - sia pure dietro sollecitazione di un'ordinanza cautelare del giudice amministrativo - dell'aggiudicazione a proprio favore, operata dal Comune di Misterbianco in una certa fase del complesso iter della gara in discorso, nonché in via derivativa degli ulteriori atti di esclusione di n. 23 concorrenti (esclusi per la stessa ragione censurata dalla BETA) e della conseguente aggiudicazione alla DELTA, si perverrebbe all'accertamento della spettanza alla BETA dell'appalto.

Il gravame proposto andrà dunque esaminato nel merito.

Esso, in ultima analisi, attiene alla verifica della validità della **cauzione** definitiva prestata dall'impresa BETA (e da altri 22 concorrenti, tutti peraltro collocati in graduatoria in posizione peggiore a quest'ultima) mediante fideiussione destinata a rimanere efficace per 12 mesi - secondo quanto richiesto dall'art. 101 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, peraltro richiamato nel C.S.A. - ma non fino "alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio", giusta il disposto dell'art. 30, comma 2-ter, ultimo periodo, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, per quale vigente e modificata in Sicilia dalla L.R. 2.8.2002, n. 7, richiamato invece dal bando di gara.

In proposito, il Collegio - pur dando atto della scarsa chiarezza della richiamata normativa complessivamente applicabile in Sicilia - non ritiene superabile il contrasto oggettivamente sussistente tra il richiamo operato dal bando di gara al cit. art. 30, comma 2-ter, da una parte; e quello risultante invece dal capitolato al cit. art. 101, dall'altra.

In tale contesto, non tanto in ragione della natura primaria della fonte richiamata nel bando rispetto a quella secondaria di cui al capitolato; quanto soprattutto in considerazione della prevalenza che la giurisprudenza ritiene debba attribuirsi alle clausole del bando rispetto a quelle del capitolato, allorché le une siano in insanabile contrasto con le altre, il Collegio stima di poter confermare la conclusione del primo giudice, in punto di insufficienza, rispetto al paradigma richiesto dalla lex specialis della specifica gara, della garanzia definitiva offerta dall'impresa BETA (oltre che da altre 22 ditte partecipanti alla procedura) in quanto non idonea ad assicurare che il garante definitivo resti obbligato, in ogni caso, fino "alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio", come richiesto dal cit. art. 30, comma 2-ter, ultimo periodo, nel testo vigente in Sicilia.

Cfr., nel senso della prevalenza del bando sul capitolato al fine di individuare le cause di esclusione dei concorrenti da una gara, la decisione di C.d.S., V, 10 novembre 2005, n. 6286.

Può perciò trovare conferma la decisione reiettiva resa in prime cure sul ricorso dell'impresa BETA, in punto di invalidità, per l'esposta ragione, della fideiussione da quest'ultima presentata.

5. - In conclusione ambo gli appelli, previa loro riunione, devono essere respinti.

Nondimeno, si ravvisa la sussistenza di giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio tra tutte le parti.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, riunisce gli appelli in epigrafe e li respinge.

Spese del presente grado compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Palermo dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, in sede giurisdizionale, nelle camere di consiglio del 16 ottobre 2008 e dell'11 dicembre 2008, con l'intervento dei signori: *****, Presidente, *****, *****, estensore, *****, *****, Componenti.

F.to: *****, Presidente

F.to: *****, Estensore

F.to: *****, *****

Depositata in segreteria

il
15 aprile 2009

<https://www.diritto.it/la-cauzione-definitiva-deve-valere-fino-al-collaudo-provvisorio/>