

## **Nelle condizioni della provvisoria del dm 123 2004 vi è anche l'impegno alla definitiva**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

applicazione del dm 123\_2004 in tema di polizze tipo: la “dichiarazione di accettazione delle condizioni previste nello schema tipo” non può che essere intesa, sotto il profilo sostanziale, come impegno da parte del fideiussore, nei confronti del contraente, a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva ( sentenza

numero 322

del 26 ottobre

2012 pronunciata dal Tar Provincia Autonoma di Trento)

**N. 00322/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 00253/2012 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

(...)

Rilevato:

- che la Provincia di Trento ha indetto una gara per l'affidamento dei lavori per la realizzazione di un collegamento fognario tra alcuni abitati dei Comuni di Fiavé e di Comano Terme, con importo complessivo a base d'appalto pari ad € 1.819.000,00;

- che per l'aggiudicazione è stato prescelto il criterio del prezzo più basso con esclusione automatica delle offerte anomale;

- che il bando di gara, al punto 4.2., ha previsto l'obbligo in capo ai concorrenti di presentare un deposito cauzionale, costituito anche mediante fideiussione o polizza fideiussoria, la quale avrebbe dovuto essere redatta o utilizzando la scheda tecnica 1.1. di cui al D.M. 12.3.2004, n. 123, o riportando 5 clausole

testualmente indicate, l'omissione di una delle quali era sanzionata con l'esclusione;

- che nella seduta di gara del 6 agosto 2012 i lavori sono stati aggiudicati alla Cooperativa Controinteressata, che ha presentato il ribasso percentuale più vicino alla soglia di anomalia, senza raggiungerla;

- che dalla graduatoria di tutte le offerte ammesse risulta in seconda posizione la ricorrente RICORRENTE.;

- che essa ha impugnato la determinazione di aggiudicazione denunciando violazione dell'art. 75, comma 8, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, sul rilievo che la fideiussione bancaria presentata dall'impresa vincitrice non conterrebbe la clausola, espressamente prevista a pena di esclusione, contenente l'impegno del fideiussore a rilasciare, a richiesta del concorrente aggiudicatario, una fideiussione relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante;

- che la ricorrente ha altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati;

- che alla camera di consiglio del 24 marzo 2011, ritenuta possibile la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, il Collegio ha espressamente preavvertito e sentito sul punto i difensori, come da verbale della camera di consiglio;

Ravvisato:

- di prescindere dall'esame dell'eccezione opposta dalla controinteressata [la quale ha puntualmente rilevato che la ricorrente non ha provato il suo interesse alla proposizione della causa in quanto, a seguito

dall'invocata esclusione di Cooperativa Controinteressata, sarebbe necessario il ricalcolo della soglia di anomalia in esito al quale l'interessata RICORRENTE. non ha dimostrato che conseguirebbe l'aggiudicazione] presentandosi il ricorso infondato nel merito;

- Considerato:

----- quanto al primo motivo introdotto:

- in punto di fatto, che il bando di gara aveva stabilito due diverse modalità per presentare la fideiussione o la polizza fideiussoria, e cioè:

a) la presentazione della scheda tecnica di cui al D.M. 12.3.2004, n. 123, da integrarsi con la clausola di rinuncia del fideiussore all'eccezione di cui all'art. 1957, secondo comma, c.c.;

b) altro modulo contenente 5 clausole testualmente indicate, fra cui anche quella, la cui assenza era sanzionata con l'esclusione, che ricalca il disposto di cui al comma 8 dell'art. 75 sopra citato;

- che Cooperativa Controinteressata ha allegato una fideiussione bancaria redatta secondo lo schema tipo 1.1 - scheda tecnica 1.1 del menzionato D.M. n. 123 del 2004 (cfr., doc. n. 4 in atti del ricorrente);

- che la scheda tecnica 1.1 di Cooperativa Controinteressata specifica testualmente di costituire "parte integrante della schema tipo 1.1 di cui al D.M. 12 marzo 2004, n. 123"; di riportare "i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato schema tipo" e che "la sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello schema tipo";

- che lo schema tipo 1.1 allegato al D.M. n. 123 del 2004, al secondo comma dell'art. 1 prevede espressamente che "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 11.2.1994, n. 109 (ora artt. 75, comma 8, e 113 del D.Lgs. n. 163 del 2006, sull'obbligo, in capo all'esecutore dei lavori, di costituire una garanzia fideiussoria del 10% dell'importo contrattuale);

- che, infine, il comma 4 dell'art. 1 del D.M. 12.3.2004, n. 123, recita: "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";

Ritenuto:

- che con il comma 59 dell'art. 9 della legge 18.11.1998, n. 415 (recante modifiche alla legge n. 109 del 1994), il Legislatore aveva previsto che "gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fidejussorie 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";

- che con ciò egli ha inteso semplificare, snellire e uniformare le procedure d'appalto predisponendo uno schema - tipo e una scheda - tecnica di polizza approvati con un decreto governativo pubblicato in Gazzetta ufficiale, con un atto, quindi, avente natura normativa, secondo quanto precisato dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato del 3.6.2002, n. 1635;

- che il bando di gara, conformemente a quanto disposto dal comma 4 dell'art. 1 del più volte citato D.M. n. 123 del 2004, aveva espressamente autorizzato le imprese che partecipavano a produrre la sola "scheda tecnica 1.1" approvata con lo stesso decreto;

- che è pertanto evidente che, in presenza di un chiaro disposto del bando di gara (non impugnato in questa sede), puntualmente posto in essere dalla concorrente Cooperativa Controinteressata, la stessa ha assolto regolarmente alla prescrizione in esame del bando, la quale, a sua volta, ha fatto ricorso alla forma semplificata che è consentita dal comma 4 dell'art. 1 del D.M. n. 123 del 2004, disposizione di carattere generale anch'essa non contestata;

- che, conseguentemente, la "dichiarazione di accettazione delle condizioni previste nello schema tipo" non può che essere intesa, sotto il profilo sostanziale, come impegno da parte del fideiussore, nei confronti del contraente, a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva;

- che è pertanto indubitabile che, nella specie, la Cassa Rurale Olle-Samone-Scurelle si sia vincolata a rilasciare a favore del contraente (e della Provincia di Trento), ai sensi dell'art. 75, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, la garanzia per la cauzione definitiva prevista dall'art. 113 dello stesso Codice;

- che è stata dunque rispettata la ratio legis e perfettamente tutelato l'interesse dell'Amministrazione alla certezza in ordine all'eventuale rilascio della garanzia nell'ipotesi di aggiudicazione della gara in favore dell'impresa controinteressata;

- che, in definitiva, Cooperativa Controinteressata non poteva essere esclusa dalla gara nemmeno in virtù dei principi di autovincolo e di affidamento, in base ai quali la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella lex specialis;

Rilevato:

- che la presente questione, invero, è stata da tempo risolta dalla giurisprudenza amministrativa che ha avuto l'occasione di precisare che lo schema tipo 1.1, "anche se nel titolo si fa riferimento alla sola

garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria ... nell'articolo 1, secondo comma, si precisa, in termini inequivocabili, che la garanzia comprende anche l'impegno < nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva >" e che il citato D.M. n. 123 del 2004 "assolve ad una preminente funzione di semplificazione nelle procedure di gara che non può essere limitata da prescrizioni di singoli bandi equivoche o dubbie" (cfr., C.d.S., sez. V, 14.12.2006, n. 7418, che ha annullato T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 24.3.2005, n. 1293);

- che in senso conforme al riportato orientamento cfr., ex multis, T.A.R. Sicilia, sez. III, Palermo, 31.7.2006, n. 1794; T.A.R. Lazio, Latina, 5.7.2006, n. 429; T.A.R. Calabria, \*\*\*\*\*, 8.2.2006, n. 22;

- che non pare rilevante, a supporto della tesi della ricorrente, l'invocata pronuncia T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 12.1.2009, n. 106, in quanto - secondo quanto in essa esposto - la lex specialis di quella gara non aveva espressamente disciplinato la possibilità di avvalersi della scheda tecnica di cui al D.M. n. 123 del 2004;

- che, da ultimo, non hanno pregio nemmeno le osservazioni, "aldilà dell'exasperazione interpretativa", sul dato letterale e sulla grafica di pag. 21 del bando di gara: per un verso, infatti, l'applicazione di questi due criteri invocati porta all'univoca conclusione che il punto n. 5 è per l'appunto la quinta clausola (grassetata perché prevista a pena d'esclusione) che avrebbe dovuto essere testualmente riportata nella cauzione provvisoria "qualora non venga presentata la scheda tecnica di cui sopra" (ossia quella di cui al D.M. n. 123 del 2004); per altro profilo, la ripetizione, a fondo pagina, dell'ipotesi di esclusione in esame è stata formulata, all'evidenza, nel caso in cui il deposito cauzionale fosse stato costituito in contanti o in titoli del debito pubblico;

Considerato:

----- quanto al secondo motivo introdotto (e in disparte l'esame del concreto interesse alla sua deduzione):

- che con esso si asserisce che non sarebbe stato comunicato il provvedimento di aggiudicazione definitiva;
  
- che la deduzione è infondata in punto di diritto;
  
- che la procedura della gara de quo, sotto soglia comunitaria, si è svolta ai sensi della l.p. 10.9.1993, n. 26, normativa espressamente richiamata nel frontespizio del bando, che si applica per “la realizzazione di lavori pubblici di interesse provinciale realizzati nella provincia di Trento d'importo inferiore alla soglia comunitaria” (cfr., art. 1);
  
- i commi 1 e 2 dell’art. 40 bis di detta legge stabiliscono che “al termine della procedura di gara è dichiarata l'aggiudicazione a favore del miglior offerente”, la quale “diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”,
  
- che, a differenza di quanto disposto dall’art. 11 del D.Lgs. n. 163 del 2006, nella legislazione provinciale il provvedimento di aggiudicazione è unico ed è dalla comunicazione /ricezione dello stesso - con le modalità di cui all’art. 79 del Codice dei contratti pubblici, ai sensi dell’art. 28 bis della l.p. n. 26 del 1993 - che decorrono i termini di legge per gli ulteriori adempimento sia procedimentali che processuali;
  
- che, nel rispetto di detta procedura, la Stazione appaltante ha inviato a tutti i concorrenti che avevano presentato un’offerta ammessa in gara, fra cui l’odierna ricorrente, la nota datata 14 agosto 2012 (cfr. doc. n. 2.3 in atti della ricorrente) concernente “comunicazione di esito gara”, con la quale è stato altresì precisato che dalla data di invio della stessa sarebbero decorsi i termini per l’esercizio del diritto di accesso e per la stipulazione del contratto; con detta nota è stato altresì rammentato il termine per la proposizione dell’azione giurisdizionale;



- che la nota del 14 agosto è stata ricevuta dalla ricorrente a mezzo fax in data 16 agosto 2012 e a mezzo raccomandata a r. il successivo 23 agosto (cfr. doc. n. 5 in atti della Provincia);

- che essendo state pertanto rispettate le procedure di legge con le relative formalità (combinato disposto artt. 28 bis e 40 l.p. n. 26 del 1993 con le pertinenti disposizioni del Codice dei contratti pubblici) non sussiste alcuna violazione delle "esigenze di garanzia, certezza trasparenza";

Reputato, in definitiva:

- che il ricorso deve essere respinto;

- che le spese del giudizio devono essere poste a carico della parte soccombente e quantificate in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 253 del 2012

lo respinge.

Condanna RICORRENTE. a corrispondere alla Provincia autonoma di Trento la complessiva somma di €

1.500,00 (millecinquecento) e a Cooperativa Controinteressata la complessiva somma di € 1.500,00 (millecinquecento), oltre a I.V.A. e \*\*\*\*\*

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Consigliere

Alma Chiettini, \*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/10/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/nelle-condizioni-della-provvisoria-del-dm-123-2004-vi-e-anche-l-impegno-alla-definitiva/>