

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28941-la-cauzione-provvisoria-corrispondente-allo-schema-tipo-approvato-con-d-m-12-marzo-2004-n-123>

Autore: Lazzini Sonia

La cauzione provvisoria è corrispondente allo schema tipo approvato con D.M. 12 marzo 2004, n. 123

Tar Sicilia, Palermo, 07.01.2010 n. 211

La cauzione provvisoria è corrispondente allo schema tipo approvato con D.M. 12 marzo 2004, n. 123.

L'atto di fideiussione prodotto dalla controinteressata risulta regolarmente sottoscritto dai contraenti, contiene nel retro (dello stesso foglio) tutte le clausole contrattuali previste dalla lex specialis ed esattamente corrispondenti allo schema tipo approvato con D.M. 12 marzo 2004, n. 123.

La circostanza che in esso si attesti che «la presente scheda tecnica costituisce parte integrante dello schema tipo 1.1. di cui al d.m. 12 marzo 2004, n. 123 e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato schema-tipo riportato retro: la sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello schema tipo» fa sì che il medesimo atto di fideiussione sia da ritenersi conforme alle previsioni di legge e di bando, alla luce anche della previsione, contenuta nel medesimo d.m. n. 123/04 secondo cui «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» (art. 1, comma 4).

In sintesi, la circostanza che l'atto di fideiussione sia stato sottoscritto unicamente nella prima facciata in calce alla scheda e non anche nel retro, dove sono contenute le clausole contrattuali alle quali la prima facciata rinvia, non vale a fare ritenere la sua non conformità a legge.

Con ricorso notificato il 13 luglio 2009 e depositato il successivo 16 luglio, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti in epigrafe concernenti la procedura di aggiudicazione della gara d'appalto per la realizzazione dei lavori di manutenzione della rete idrica cittadina di Trapani, deducendo i seguenti vizi: Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 commi 1 e 2 bis del «testo coordinato», violazione e falsa applicazione del punto 9) del bando di gara e 7) del disciplinare di gara allegato al bando: poiché l'Impresa controinteressata, aggiudicataria della gara, avrebbe prodotto una «polizza [...] sprovvista della clausola di operatività a semplice richiesta scritta della Stazione appaltante] e priva di sottoscrizione sia del contraente che del garante ; Qual è il parere dell' adito giudice amministrativo?

La ricorrente lamenta la violazione delle disposizioni concernenti la produzione della garanzia provvisoria, considerato che l'Impresa controinteressata avrebbe ommesso di produrre detta garanzia in osservanza dei requisiti formali previsti dalla legge.

Parte ricorrente, infatti, afferma che:

- a) la «polizza» sarebbe sprovvista della clausola di operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della Stazione appaltante, né tale potrebbe ritenersi – in tesi - la dicitura contenuta sub art. 4 dello schema-tipo che disciplina le sole modalità di pagamento;
- b) la «polizza» non sarebbe sottoscritta né dal contraente, né dal garante, con riferimento allo «schema tipo, schema obbligatorio delle condizioni contrattuali delle singole coperture assicurative».

Sul punto, l'Amministrazione deduce l'assenza di prescrizioni del bando relative alla sottoscrizione dello schema-tipo e sottolinea che la fideiussione prodotta conterrebbe la sottoscrizione sia del garante che del contraente, nonché l'accettazione di tutte le condizioni contrattuali presenti nello schema-tipo in argomento.

Il motivo è infondato.

Sul punto la ricorrente richiama la sentenza del Tar Sicilia, Catania, n. 1299/06 che, a sua volta, richiama il precedente di questa Sezione n. 1465/06, pronunce con le quali è stato ritenuto insufficiente a configurare la regolare assunzione della garanzia il rinvio allo schema-tipo: nei casi ivi trattati, la questione atteneva alla possibilità o meno di fare discendere dall'accettazione mediante rinvio alle

clausole dello schema tipo anche l'implicita assunzione dell'impegno alla sottoscrizione della garanzia definitiva, in caso di aggiudicazione, ai sensi di quanto fissato dall'art. 30 c. 2 della l. n. 109 del 1994, nel testo richiamato in ambito regionale, e ciò in assenza di espressa clausola relativa a tale impegno.

La questione, invece, posta all'odierna attenzione del Collegio è, invero, differente, nel senso che la garanzia fideiussoria prodotta dalla controinteressata non contiene un generico rinvio allo schema tipo ma un rinvio – contenuto nella prima facciata – alle clausole contrattuali proprie dello schema tipo, integralmente riprodotte nella seconda facciata e tra le quali si rinviene l'espresso impegno a prestare la garanzia definitiva (questione, quella inerente all'impegno che, peraltro, non viene in rilievo).

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 211 del 7 gennaio 2010 emessa dal Tar Sicilia, Palermo

N. 00211/2010 REG.SEN.

N. 01321/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1321 del 2009, proposto da Ricorrente Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, per procura in calce al ricorso introduttivo, dagli Avv.ti Giovanni Lentini ed Anna Rita Ricorrente, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Rosalba Genna in Palermo, via Siracusa, n. 30;

contro

il Comune di Trapani, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Carmela Santangelo, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Maria Antonietta Pezzano in Palermo, via Santorre di Santarosa n. 1;

nei confronti di

Costruzioni Controinteressata s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa congiuntamente e disgiuntamente dagli Avv.ti Alberto Cutaia e Vincenzo Mula, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Armando Buttitta in Palermo, Piazza Sacro Cuore, n. 3;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- «dei verbali di gara relativi all'appalto lavori di manutenzione della rete idrica cittadina – appalto contratto aperto del 12.02.2009, 25.03.2009, 26.03.2009 e del 25.05.2009 nella parte in cui ammettevano alla procedura concorsuale l'Impresa controinteressata s.r.l.;
- del verbale del 25.05.2009 nella parte in cui l'impresa Controinteressata s.r.l. era ammessa al sorteggio e, a seguito dello stesso, si riconosceva aggiudicataria dell'appalto citato;
- della nota n. 96140 di protocollo del Dirigente del 7° Settore Servizio appalti del Comune di Trapani;
- di tutti gli atti connessi, successivi, consequenziali, anche se non conosciuti».

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva del Comune di Trapani;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria difensiva della controinteressata Costruzioni Controinteressata s.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 784/09 con cui è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Vista la memoria prodotta da parte ricorrente;

Vista l'ordinanza del C.g.a. n. 941/09 con cui è stata disposta la sollecita trattazione nel merito del ricorso;

Visto l'art. 23 bis della l. 6 dicembre 1971, n. 1034;

Designato relatore il referendario dott. Giuseppe la Greca;

Uditi alla camera di consiglio del 18 dicembre 2009 gli Avv.ti G. Lentini e A.R.

Ricorrente per la parte ricorrente, l'Avv. A. Cutaia per la parte controinteressata; nessuno è presente per il Comune di Trapani;

Visto il dispositivo di sentenza n. 126/09 pubblicato il 21 dicembre 2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 13 luglio 2009 e depositato il successivo 16 luglio, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti in epigrafe concernenti la procedura di aggiudicazione della gara d'appalto per la realizzazione dei lavori di manutenzione della rete idrica cittadina di Trapani, deducendo i seguenti vizi:

1) Violazione e falsa applicazione del punto 12 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e disparità di trattamento, poiché il legale rappresentante dell'Impresa Controinteressata s.r.l. non avrebbe reso la dichiarazione «personale», prevista a pena di esclusione, «né in qualità di amministratore e legale rappresentante [...], né in qualità di direttore tecnico»;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 commi 1 e 2 bis del «testo coordinato», violazione e falsa applicazione del punto 9) del bando di gara e 7) del disciplinare di gara allegato al bando: poiché l'Impresa controinteressata, aggiudicataria della gara, avrebbe prodotto una «polizza [...] sprovvista della

clausola di operatività a semplice richiesta scritta della Stazione appaltante] e priva di sottoscrizione sia del contraente che del garante ;

3) Violazione e falsa applicazione del punto 16 gg) del bando di gara e 11) del disciplinare allegato; violazione e falsa applicazione del protocollo di legalità e della circolare n. 593 del 31 gennaio 2006 dell'Assessore Regionale per i Lavori pubblici; eccesso di potere per difetto di istruttoria: poiché la dichiarazione resa ai sensi del protocollo di legalità e della circolare n. 593/06 non sarebbe corredata, così come indicato dal modello predisposto dalla stazione appaltante, di fotocopia del documento di identità;

4) Violazione dei punti 2 a) e 3) del disciplinare di gara in relazione agli articoli 19, 38 comma 3, 47 e 76 del d.P.R. n. 445 del 2000, con riferimento alla dichiarazione di conformità delle copie fotostatiche relative alle certificazioni prodotte: poiché la relativa dichiarazione non sarebbe accompagnata né dal richiamo al medesimo d.P.R. n. 445 del 2000 né dalla specifica espressione della consapevolezza della sanzioni previste dalla legge in caso di dichiarazione mendace.

Si sono costituiti in giudizio sia il Comune di Trapani che la controinteressata che, con rispettive memorie, hanno replicato alle doglianze di parte ricorrente e chiesto il rigetto del ricorso.

All'udienza pubblica del 18 dicembre 2009, presenti i procuratori delle parti private che hanno insistito nelle rispettive domande e conclusioni, il ricorso, su conforme richiesta degli stessi è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo la ricorrente deduce i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere poiché il legale rappresentante della controinteressata Controinteressata s.r.l., sig. Antinoro S., non avrebbe reso la dichiarazione «personale» di cui al punto 12 del disciplinare di gara «né in qualità di amministratore e legale rappresentante, né in qualità di direttore tecnico», da rendersi ulteriormente, ad avviso della

ricorrente, rispetto a quella prevista dal punto 4) del disciplinare ai sensi del quale la dichiarazione avrebbe dovuto riguardare l'assenza di procedimenti pendenti siccome individuati dall'art. 38, comma 1 lett. b) del d.lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto il Comune di Trapani sostiene che né la legge né il bando prevedono una doppia dichiarazione, atteso che le fattispecie tipiche di reato cui fa riferimento la norma sono sempre e solo ascrivibili ai soggetti muniti di potere e non certo alla società. Afferma ancora l'Amministrazione che la prescrizione cui fa riferimento il ricorrente (ossia il punto 4 del disciplinare di gara cui rinvia il successivo art. 12) si riferisce a soggetti muniti di potere di rappresentanza o direttori tecnici diversi dal dichiarante ovvero, ancora, ai soggetti cessati dalla carica, tenuti a rendere la dichiarazione, ove esistenti, alla stessa stregua di quelli non cessati.

Il motivo è infondato.

La dedotta censura secondo cui il sig. Antinoro S. non abbia reso la prescritta dichiarazione «né in qualità di amministratore e legale rappresentante, né in qualità di direttore tecnico» è infondata in punto di fatto. Emerge, infatti, dalla documentazione versata in atti dall'Amministrazione (cfr. all. 6) che detta dichiarazione è stata dallo stesso sig. Antinoro S. resa «nella qualità di Amministratore unico e direttore tecnico».

Quanto all'assenza delle ulteriori dichiarazioni che, ad avviso della ricorrente, il predetto soggetto avrebbe omesso di rendere, va osservato che la circostanza che il bando abbia previsto tali «dichiarazioni personali», ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 ed a pena di esclusione, non è da ritenersi quale espressione della presunta volontà di creare uno sdoppiamento persona fisica/organo del soggetto inserito nell'assetto organizzativo dell'impresa, quanto rispondente alla logica di distinguere, in siffatte ipotesi, la dichiarazione di cui alla residua parte del punto 4 - riguardante la generalità delle cause di esclusione, che, ai sensi del disciplinare può essere resa anche da un procuratore del ricorrente (cfr. pag. 9 disciplinare) - da

quella, specifica, concernente le fattispecie di cui alle lett. b) e c) del richiamato d. lgs. n. 163 del 2006 che non può che essere – secondo la previsione del disciplinare - «personale». Rispetto a tale dichiarazione, ancorché redatta dal sig. Antinoro S. «nella qualità», non può indulgersi ad alcuna lettura della stessa preordinata ad escludere gli effetti (penali) di eventuali attestazioni mendaci sulla relativa sfera personale, e, dunque, essa va ritenuta validamente resa, considerato che con riferimento ai reati per i quali detta dichiarazione è prescritta non sarebbe neppure ipotizzabile - nel caso di specie - una diversa modalità attraverso cui avrebbe dovuto essere prodotta o resa.

Va, ancora, osservato che le superiori considerazioni si attagliano al tenore testuale del disciplinare di gara, avendo la giurisprudenza, nei casi in cui non viene in rilievo la prescrizione di una dichiarazione «personale», ammesso, financo, la possibilità che la dichiarazione in argomento – ancorché concernente l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 lett. b) e c) – sia resa da soggetti terzi rispetto a coloro ai quali la dichiarazione medesima si riferisce.

2. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione delle disposizioni concernenti la produzione della garanzia provvisoria, considerato che l'Impresa controinteressata avrebbe omesso di produrre detta garanzia in osservanza dei requisiti formali previsti dalla legge.

Parte ricorrente, infatti, afferma che:

a) la «polizza» sarebbe sprovvista della clausola di operatività entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della Stazione appaltante, né tale potrebbe ritenersi – in tesi - la dicitura contenuta sub art. 4 dello schema-tipo che disciplina le sole modalità di pagamento;

b) la «polizza» non sarebbe sottoscritta né dal contraente, né dal garante, con riferimento allo «schema tipo, schema obbligatorio delle condizioni contrattuali delle singole coperture assicurative».

Sul punto, l'Amministrazione deduce l'assenza di prescrizioni del bando relative alla sottoscrizione dello schema-tipo e sottolinea che la fideiussione prodotta conterrebbe la sottoscrizione sia del garante che del contraente, nonché l'accettazione di tutte le condizioni contrattuali presenti nello schema-tipo in argomento.

Il motivo è infondato.

L'atto di fideiussione prodotto dalla controinteressata risulta regolarmente sottoscritto dai contraenti, contiene nel retro (dello stesso foglio) tutte le clausole contrattuali previste dalla lex specialis ed esattamente corrispondenti allo schema tipo approvato con D.M. 12 marzo 2004, n. 123. La circostanza che in esso si attesti che «la presente scheda tecnica costituisce parte integrante dello schema tipo 1.1. di cui al d.m. 12 marzo 2004, n. 123 e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato schema-tipo riportato retro: la sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello schema tipo» fa sì che il medesimo atto di fideiussione sia da ritenersi conforme alle previsioni di legge e di bando, alla luce anche della previsione, contenuta nel medesimo d.m. n. 123/04 secondo cui «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» (art. 1, comma 4).

Sul punto la ricorrente richiama la sentenza del Tar Sicilia, Catania, n. 1299/06 che, a sua volta, richiama il precedente di questa Sezione n. 1465/06, pronunce con le quali è stato ritenuto insufficiente a configurare la regolare assunzione della garanzia il rinvio allo schema-tipo: nei casi ivi trattati, la questione atteneva alla possibilità o meno di fare discendere dall'accettazione mediante rinvio alle clausole dello schema tipo anche l'implicita assunzione dell'impegno alla sottoscrizione

della garanzia definitiva, in caso di aggiudicazione, ai sensi di quanto fissato dall'art. 30 c. 2 della l. n. 109 del 1994, nel testo richiamato in ambito regionale, e ciò in assenza di espressa clausola relativa a tale impegno.

La questione, invece, posta all'odierna attenzione del Collegio è, invero, differente, nel senso che la garanzia fideiussoria prodotta dalla controinteressata non contiene un generico rinvio allo schema tipo ma un rinvio – contenuto nella prima facciata – alle clausole contrattuali proprie dello schema tipo, integralmente riprodotte nella seconda facciata e tra le quali si rinviene l'espresso impegno a prestare la garanzia definitiva (questione, quella inerente all'impegno che, peraltro, non viene in rilievo).

In sintesi, la circostanza che l'atto di fideiussione sia stato sottoscritto unicamente nella prima facciata in calce alla scheda e non anche nel retro, dove sono contenute le clausole contrattuali alle quali la prima facciata rinvia, non vale a fare ritenere la sua non conformità a legge.

3. Con il terzo motivo di ricorso è contestata la mancata produzione del documento di identità annesso alla dichiarazione resa ai sensi del protocollo di legalità e della circolare n. 593 del 31 gennaio 2006, posto che detta dichiarazione avrebbe dovuto essere resa in conformità al modello allegato al bando nel quale è specificato detto obbligo.

La mancata allegazione del documento di identità è contestata, in punto di fatto, sia da parte resistente che dalla controinteressata, le quali affermano che il documento è stato regolarmente prodotto e che, invero, esso risulterebbe unito a tutta la rimanente documentazione, ed in particolare al modello Gap per il quale nessun documento era necessario allegare.

Fermo restando che l'Amministrazione ha smentito la mancata produzione del documento in argomento, risultando lo stesso erroneamente allegato ad altra copia di documentazione, e che in ordine alla medesima dichiarazione il bando di gara

non prevedeva il richiamo al d.P.R. n. 445 del 2000, circostanza che rende ininfluenza il richiamo all'asserito obbligo di allegazione contenuto nel modello di dichiarazione (anche'esso allegato al bando), va, in ogni caso, ritenuto che la presenza agli atti di gara di diverse fotocopie del documento di identità esclude il bisogno di allegare ulteriori copie dello stesso documento, senza con ciò creare alcuna irregolarità.

4. Con l'ultima questione portata all'attenzione del Collegio, la ricorrente contesta la mancata esclusione dell'Impresa controinteressata dalla gara poiché la stessa, in violazione della legge di gara, avrebbe reso la dichiarazione di conformità all'originale delle certificazioni prodotte, in difetto sia del richiamo alle previsioni del d.P.R. n. 445 del 2000, sia dell'espressa attestazione di consapevolezza delle sanzioni penali previste dalla legge in caso di dichiarazioni mendaci.

Tale assunto è contestato dall'Amministrazione la quale replica sostenendo che la dichiarazione di che trattasi richiederebbe il riferimento «alla propria personale responsabilità e ai sensi delle vigenti leggi in materia» e che la stessa, comunque, non avrebbe dovuto neppure essere resa poiché il bando prevedeva, per gli attestati e le certificazioni, la produzione di copia autenticata sottoscritta dal legale rappresentante ed accompagnata da documento di identità dello stesso.

Ferma restando la complessiva condivisibilità o meno delle argomentazioni esposte da parte ricorrente circa i requisiti minimi di forma che le dichiarazioni di cui al d.P.R. n. 445 del 2000 devono rispettare, tuttavia va notato che le stesse, nel caso di specie, sono inconferenti, in ragione del fatto che, con riferimento alla conformità dall'originale delle certificazioni prodotte, il bando nessuna dichiarazione ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 prevedeva a carico dei concorrenti, bensì «un'attestazione (o fotocopia sottoscritta dal legale rappresentante ed accompagnata da copia del documento di identità dello stesso)».

Orbene, emerge dagli atti di causa come tutte le certificazioni prodotte siano rispondenti alla previsione della lex specialis, costituendo, la dichiarazione resa, nel caso di specie, un adempimento ulteriore posto in essere dalla controinteressata, rispetto alle disposizioni fissate in sede di bando atteso che, la stessa ha comunque prodotto le copie fotostatiche delle certificazioni cui la dichiarazione stessa si riferisce.

Con riferimento a queste ultime, il timbro attestante la conformità all'originale, le sottoscrizioni appostevi e la produzione del documento appaiono conformi alla disciplina di riferimento.

5. Per le ragioni suesposte il ricorso, stante la sua infondatezza, va rigettato.

Le spese seguono la regola della soccombenza di cui all'art. 92 c.p.c. e sono liquidate come da dispositivo, mentre vanno compensate tra le parti private.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, rigetta il ricorso in epigrafe.

Condanna la ricorrente Ricorrente Costruzioni s.r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, alla rifusione, nei confronti del Comune di Trapani, in persona del legale rappresentante pro tempore, delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in complessivi € 3.000,00 (euro tremila e zero centesimi), oltre IVA e CPA come per legge; compensa le spese tra le parti private.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Maria Cappellano, Referendario

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2010

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

IL SEGRETARIO