

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/03/2010

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit-ljb.diritto.it/docs/29039-anche-per-il-codice-dei-contratti-la-mancata-presentazione-della-cauzione-definitiva-comporta-l-annullamento-dell-aggiudicazione-e-l-escussione-della-cauzione-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

**Anche per il codice dei contratti, la mancata presentazione della cauzione definitiva comporta l'annullamento dell'aggiudicazione e l'escussione della cauzione provvisoria**

Tar Toscana, Firenze, 05.02.2010 n. 193

Anche per il codice dei contratti, la mancata presentazione della cauzione definitiva comporta l'annullamento dell'aggiudicazione e l'escussione della cauzione provvisoria

**Nel caso di specie risulta che il rinvio della stipula, nella fase susseguente all'aggiudicazione, nonché la mancata presentazione della garanzia necessaria (fideiussione definitiva) sia interamente riconducibile all'impresa aggiudicataria.**

L'incameramento della cauzione si palesava ugualmente legittimo dato che, per quanto sopra rilevato, la mancata sottoscrizione del contratto è imputabile a fatto dell'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 30, comma 1, l.n. 109/94 cit.

Ne seguiva, quindi, il provvedimento dirigenziale con il quale si formalizzava la revoca, si incamerava la cauzione e si indiceva una nuova gara.

Anche il fugace accenno, contenuto del ricorso, in relazione ad una presunta responsabilità precontrattuale del Comune non consente comunque al Collegio di pronunciare in tal senso, atteso che il lungo tempo concesso all'impresa aggiudicataria per regolarizzare la sua posizione documentale al fine di procedere alla sottoscrizione del contratto e dalla consegna dei lavori attesta l'assenza di comportamento contrario alla buona fede e alla correttezza posto alla base degli artt. 1337 e 1338 c

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 9 febbraio 2004 e depositato il successivo 18 febbraio, la Ricorrente Costruzioni s.n.c. chiedeva l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti indicati in epigrafe con i quali era revocata l'aggiudicazione dell'appalto di lavori per la realizzazione di un "auditorium" bandito dal Comune di Monte Argentario, era incamerata la cauzione provvisoria e indetta una nuova gara di appalto per mancata sottoscrizione del relativo contratto.

Senza specifica rubricazione di motivi, la società ricorrente lamentava in dettaglio quanto segue.

A seguito dell'aggiudicazione, in data 28 agosto 2003 la società ricorrente era invitata a fissare un appuntamento per la stipula del contratto con indicazione dei documenti da presentare in quella sede tra cui, in particolare, una polizza fideiussoria definitiva pari ad euro 57.575,45 e in data 2 settembre 2003 era anche trasmesso il progetto delle opere da realizzare come approvato dal Comune medesimo.

In seguito ad un sollecito del 17 settembre 2003, le parti si accordavano per stipulare il contratto in data 3 ottobre 2003, rinviata questa, per esigenze personali del rappresentante della ditta aggiudicataria, al 30 ottobre 2003. Nel frattempo la ricorrente inviava, in data 17 ottobre 2003, via telefax, una parte della documentazione tra cui copia della polizza definitiva ridotta al 50% ai sensi dell'art. 8, comma 11 quater, lett. a) e dell'art. 6.3, comma 2, CSA essendo in possesso della certificazione di sistema di qualità. Dopo che la ricorrente aveva depositato la restante parte dei documenti in data 30 ottobre 2003, il comune rilevava che la polizza conteneva un errore formale e invitava l'interessata alla conseguente modifica. Quest'ultima provvedeva e in data 28 novembre 2003 faceva pervenire al Comune, via telefax, copia della nuova polizza stipulata il precedente 13 novembre. In data 2 dicembre 2003, però, il Comune in riscontro alla documentazione da ultimo inviata rilevava che l'importo riportato nella cauzione definitiva era inferiore quanto dovuto ed insisteva sulla circostanza per la quale la somma garantita doveva essere pari ad euro 41.051,29, senza quindi pervenire alla stipula del contratto in questione. Con nota del 10 dicembre 2003 la società ricorrente comunicava che aveva già provveduto a chiedere una modifica della polizza, aumentando la somma a quella richiesta.

La società ricorrente evidenziava che, in assenza di alcun preavviso, la Giunta comunale adottava la delibera n. 333 del 10 dicembre 2003 con la quale provvedeva alla revoca dell'aggiudicazione ed alla indizione di una nuova gara; ne conseguiva, poi, la determina dirigenziale con la quale si dava atto della suddetta revoca e si incamerava la cauzione provvisoria confermando l'indizione di una nuova gara, sulla base dell'osservazione che la società ricorrente non aveva dato più notizie sulle proprie intenzioni,

che era decorso il termine di 45 giorni dall'aggiudicazione dell'inizio dei lavori, che non si era provveduto nei termini nelle forme prescritte alla costituzione delle garanzie fideiussorie ed assicurative. La società ricorrente, quindi, osservava che tale motivazione era frutto di una istruttoria non adeguata ed di un non attento esame degli atti del procedimento, dato che la Ricorrente Costruzioni snc non aveva mai posto in essere attività dilatorie e le sue intenzioni erano univoche nel voler assumere i lavori aggiudicati, dato che si era regolarmente presentata alla convocazione del 30 ottobre 2003 adempiendo a tutti gli obblighi al fine di addivenire nei termini alla stipula del contratto e depositando la necessaria documentazione. La circostanza per la quale il Comune di Monte Argentario non aveva ritenuto congruo l'importo della fideiussione richiesta non era sostenibile come causa della revoca dell'aggiudicazione, dato che al momento della ricezione della relativa copia, in data 17 ottobre 2003, nessuna contestazione era stata immediatamente sollevata. Inoltre, fino alle date del 2 dicembre e del 10 dicembre 2003, il Comune aveva continuato ad avere rapporti con l'impresa aggiudicataria al fine di identificare la corretta somma da versare come fideiussione.

Ne conseguiva, per la società ricorrente, che le sue intenzioni non potevano essere interpretate come tendenti a non dare luogo alla stipula del contratto ma, al contrario, erano chiare e univoche ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione dei lavori aggiudicati. A ciò doveva aggiungersi che il termine di 45 giorni per la stipula del contratto, richiamato nella impugnata delibera di Giunta come non osservato, non era perentorio e non era prevista alcuna sanzione per il suo mancato rispetto ai sensi dell'art. 109 d.p.r. n. 554/1999. La norma del bando di gara che faceva riferimento a tale termine si riferiva unicamente alla consegna dei lavori in via d'urgenza, come confermato anche dal relativo capitolato speciale di appalto che fissava il detto termine di 45 giorni unicamente per l'inizio dei lavori dopo la stipula del formale contratto.

In assenza di un termine perentorio, quindi, la revoca dell'aggiudicazione doveva semmai essere preceduta da un formale atto di diffida e messa in mora, nel caso di specie assente.

Né era obiettabile da parte del Comune la mancata costituzione nelle forme prescritte delle garanzie fideiussorie ed assicurative, dato che non era previsto nella legge di gara alcun termine essenziale, le garanzie stesse erano state tutte presentate, la somma errata era stata indicata dallo stesso Comune in data 28 agosto 2003 e quella ritenuta non condivisibile era stata rappresentata solo in data 2 dicembre 2003.

A ciò doveva aggiungersi, secondo la società ricorrente, che il Comune aveva adottato provvedimenti di segno opposto, soprattutto nella prima parte del mese di dicembre 2003 ove aveva dapprima manifestato l'intenzione di voler pervenire all'affidamento dei lavori e subito dopo disposto la revoca dell'aggiudicazione.

Evidenziando anche l'incompetenza assoluta della Giunta ad adottare atti invece di esclusiva competenza del dirigente – non potendo avere valore neanche la comunicazione di un legale di fiducia dell'ente locale come effettuata – la società ricorrente evidenziava che l'incameramento della cauzione non doveva essere effettuato per mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, come previsto dall'art. 30, comma 1, l.n. 109/94, dato che, per quanto illustrato, nessuna responsabilità poteva essere a lei addebitata.

La Ricorrente Costruzioni snc concludeva la sua esposizione chiedendo anche il risarcimento dei danni ai sensi dell'art 35 d.lgs. n. 80/98 al fine di reintegrazione piena per i danni ingiusti subiti consistenti sia nel mancato utile sia nella mancata prestazione del servizio, nella misura che si riservava di documentare e quantificare in corso di causa.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Il ricorso, come già anticipato in sede cautelare, non può trovare accoglimento.

A tale conclusione – rispetto alle tesi della società ricorrente secondo le quali non esisteva un termine perentorio per pervenire alla sottoscrizione del contratto – il Collegio ritiene di giungere però non secondo quanto rappresentato dal Comune resistente che, nella sua memoria per l'udienza pubblica, insiste sul richiamo alle disposizioni della legge di gara e sulla natura perentoria del termine di 45 giorni per la consegna e l'inizio dei lavori.

Infatti, tale termine, letteralmente, come previsto nella legge di gara, non richiama la necessità di stipulare il contratto entro i suddetti 45 giorni. Come si evince dalla lettura dell'art. 3.1, comma 1, della lettera invito, infatti, era previsto soltanto che "L'esecuzione dei lavori ha inizio dopo la stipula del formale contratto, in seguito a consegna risultante da apposito verbale da effettuarsi non oltre 45 giorni dalla predetta stipula, previa convocazione dell'esecutore". Come si nota, il termine di 45 giorni non precede la stipula del contratto ma, semmai, la segue, ferma restando la facoltà della stazione appaltante, prevista dal relativo comma 2, di procedere in via d'urgenza alla consegna dei lavori. Lo stesso articolo 3.1., poi, al comma 3, non prevede una automatica facoltà di risoluzione del contratto allo scadere del termine fissato per la consegna dei lavori ma impone la fissazione di un nuovo termine perentorio, tra 5 e 15 giorni, per dare luogo alla consegna e solo dopo l'infruttuosa scadenza dello stesso era possibile procedere alla risoluzione. Al Collegio appare evidente che proprio il richiamo alla facoltà di risoluzione del contratto attesta che le conseguenze relative al mancato rispetto del termine di 45 giorni in questione operavano solo dopo la stipulazione dello stesso e non prima.

Ciò non toglie, però – e questo appare al Collegio il punto risolutivo – che il seguente art. 6.2, richiamando l'applicazione dell'art. 30, comma 2, della legge n. 109 del 1994, richiedeva la prestazione di una garanzia fideiussoria, a titolo di cauzione definitiva, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, e specificava che, qualora l'aggiudicazione fosse avvenuta in favore di un'offerta inferiore all'importo a base d'asta in misura superiore al 20 per cento, la stessa garanzia era aumentata di tanti punti percentuali quanti erano quelli eccedenti la predetta misura percentuale (ferma restando la riduzione del 50% in caso di concorrenti in possesso della certificazione di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, di cui all'art. 6.3, comma 2, invocata anche dalla società ricorrente).

Ne consegue che, se è vero che non sussisteva un termine perentorio per addivenire alla stipula del contratto, questo non poteva essere dilazionato senza specifiche ragioni e, soprattutto, non poteva essere sottoscritto senza la prestazione della polizza fideiussoria richiesta.

Nel caso di specie risulta che il rinvio della stipula, nella fase susseguente all'aggiudicazione, nonché la mancata presentazione della garanzia necessaria sia interamente riconducibile all'impresa aggiudicataria.

Premesso ciò, quindi, non assume valore rilevante la nota della Ricorrente Costruzioni con la quale, ancora in data 10 dicembre 2003, si inviava la comunicazione di avere "...inoltrato alla agenzia di competenza la polizza definitiva per la rettifica dell'importo riportato sulla stessa ed inoltre si è provveduti al nuovo certificato camerale in calce il previsto nulla osta antimafia (gli stessi appena pronti saranno anticipati mezzo fax per vostra conferma)".

Sulla base di tale ricostruzione, quindi, il Collegio rileva la legittimità dell'operato del Comune resistente, dato che: 1) la revoca - disposta comunque dal dirigente competente con il provvedimento impugnato del 24 dicembre 2003, autonomamente motivato - era stata effettuata in seguito alla mancata costituzione della garanzia fideiussoria richiesta, ai sensi dell'art. 30, comma 2, l.n. 109/94 all'epoca vigente; 2) la stessa società ricorrente non ha mai contestato formalmente la somma richiesta, tanto che ancora con nota del 10 dicembre 2003, "...scusandosi degli inconvenienti..." comunicava di volere provvedere (e, quindi, di non avere ancora provveduto per cause al lei imputabili, se si scusava per l'inconveniente) a richiedere la rettifica dell'importo riportato sulla polizza definitiva nel senso, evidentemente, indicato nella nota comunale di delucidazioni del 2 dicembre 2003 – posteriore alla comunicazione di voler procedere alla revoca dell'aggiudicazione – ivi richiamata, per la somma di euro 41.051,29 (pari al 14,26% dell'importo contrattuale di euro 575.754,51 ridotta del 50%); 3) i motivi per i quali non è stata tempestivamente prodotta la necessaria fideiussione nei termini previsti dalla lettera invito, in assenza di contrari elementi di prova forniti dalla società ricorrente, sono integralmente a questa riconducibili; 4) il tempo trascorso tra il 28 agosto e il 10 dicembre 2003 appare congruo per legittimare l'amministrazione ad avvalersi della facoltà di procedere alla revoca dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 30 l. n. 109/94 cit.

In relazione alle doglianze della società ricorrente, quindi, il Collegio osserva conclusivamente quanto segue.

Non risulta che l'impresa aggiudicataria, come da lei invece sostenuto, abbia provveduto a prestare tutte le garanzie richieste nei termini, sia pure non perentori, indicati dalla stazione appaltante, se ancora in

data 10 dicembre 2003 ammetteva che per generici inconvenienti, di cui si scusava, non aveva ancora ottenuto la polizza per la somma indicata dallo stesso Comune resistente in data 2 dicembre 2003.

Nell'interpretare logicamente i contatti intervenuti tra le parti, tale nota del 2 dicembre 2003 comunque era solo esplicativa delle ragioni definitive per le quali la stazione appaltante aveva ritenuto che la polizza fideiussoria non era stata correttamente individuata e non appariva contraddittoria con la volontà, già comunicata, di procedere alla revoca.

Se pure il Comune aveva indicato in data 28 agosto 2003 una somma non coincidente con quella poi evidenziata il 2 dicembre 2003, il lungo tempo trascorso non esimeva l'impresa aggiudicataria dal contestare formalmente tale richiesta o dal provvedere in tempi ragionevoli, dato che è onere di quest'ultima provvedere senza indugio ad ultimare le formalità necessarie per la sottoscrizione del contratto e la consegna dei lavori, in particolar modo prestando le garanzie di legge necessarie e richiamate nella lettera invito.

Non risultava alcun comportamento contraddittorio del Comune di Monte Argentario, in quanto, come sopra specificato, in data 2 dicembre 2003 quest'ultimo si era limitato a specificare, sul punto, che la somma ritenuta congrua era diversa da quella da ultimo individuata dalla società aggiudicataria.

Di conseguenza deve essere ugualmente rigettata la domanda di risarcimento del danno, anche sotto il profilo della sua genericità visto che la ricorrente si era riservata di documentare e quantificare nel corso di causa l'entità del danno subito e ciò non risulta avvenuto.

Anche il fugace accenno, contenuto del ricorso, in relazione ad una presunta responsabilità precontrattuale del Comune non consente comunque al Collegio di pronunciare in tal senso, atteso che il lungo tempo concesso all'impresa aggiudicataria per regolarizzare la sua posizione documentale al fine di procedere alla sottoscrizione del contratto e dalla consegna dei lavori attesta l'assenza di comportamento contrario alla buona fede e alla correttezza posto alla base degli artt. 1337 e 1338 c.c.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 193 del 5 febbraio 2010 emessa dal Tar Toscana, Firenze

**N. 00193/2010 REG.SEN.**

**N. 00336/2004 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 Toscana**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 336 del 2004, proposto da:  
Soc. Ricorrente Costruzioni S.n.c. di Geom. R. Raffaele & C., in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Laura Sofia  
Allamprese, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Colzi in Firenze, via San  
Gallo n. 76;

***contro***

il Comune di Monte Argentario, in persona del Sindaco pro tempore,  
rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Gori, con domicilio presso la Segreteria  
del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli n. 40;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

a) della delibera della G.M. del Comune di Monte Argentario n. 333 in data  
10.12.2003, di revoca dell'aggiudicazione dell'appalto di lavori per la realizzazione  
dell'auditorium, della sala congressi e della sede della biblioteca con annesso  
parcheggio, in Porto Santo Stefano e di indizione di una nuova gara d'appalto;

b) della determina del Dirigente del IV Settore del Comune di Monte Argentario n.  
804 del 24.12.2003, di revoca della suddetta aggiudicazione, di incameramento  
della cauzione provvisoria e di indizione di una nuova gara d'appalto;

c) di tutti gli altri atti preordinati, connessi e conseguenti;

nonchè per la condanna

del Comune di Monte Argentario al risarcimento del danno ingiusto subito dalla  
Società ricorrente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 35 del D. Lgs. n. 80/98.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Vista la comparsa di costituzione in giudizio del Comune di Monte Argentario, con  
la relativa documentazione;

Vista l'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 249/2004 del 25 febbraio 2004;

Vista la memoria del Comune resistente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 3 dicembre 2009 il Primo Referendario Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso a questo Tribunale, notificato il 9 febbraio 2004 e depositato il successivo 18 febbraio, la Ricorrente Costruzioni s.n.c. chiedeva l'annullamento, previa sospensione, dei provvedimenti indicati in epigrafe con i quali era revocata l'aggiudicazione dell'appalto di lavori per la realizzazione di un "auditorium" bandito dal Comune di Monte Argentario, era incamerata la cauzione provvisoria e indetta una nuova gara di appalto per mancata sottoscrizione del relativo contratto. Senza specifica rubricazione di motivi, la società ricorrente lamentava in dettaglio quanto segue.

A seguito dell'aggiudicazione, in data 28 agosto 2003 la società ricorrente era invitata a fissare un appuntamento per la stipula del contratto con indicazione dei documenti da presentare in quella sede tra cui, in particolare, una polizza fideiussoria definitiva pari ad euro 57.575,45 e in data 2 settembre 2003 era anche trasmesso il progetto delle opere da realizzare come approvato dal Comune medesimo.

In seguito ad un sollecito del 17 settembre 2003, le parti si accordavano per stipulare il contratto in data 3 ottobre 2003, rinviata questa, per esigenze personali del rappresentante della ditta aggiudicataria, al 30 ottobre 2003. Nel frattempo la ricorrente inviava, in data 17 ottobre 2003, via telefax, una parte della documentazione tra cui copia della polizza definitiva ridotta al 50% ai sensi dell'art. 8, comma 11 quater, lett. a) e dell'art. 6.3, comma 2, CSA essendo in possesso della

certificazione di sistema di qualità. Dopo che la ricorrente aveva depositato la restante parte dei documenti in data 30 ottobre 2003, il comune rilevava che la polizza conteneva un errore formale e invitava l'interessata alla conseguente modifica. Quest'ultima provvedeva e in data 28 novembre 2003 faceva pervenire al Comune, via telefax, copia della nuova polizza stipulata il precedente 13 novembre. In data 2 dicembre 2003, però, il Comune in riscontro alla documentazione da ultimo inviata rilevava che l'importo riportato nella cauzione definitiva era inferiore quanto dovuto ed insisteva sulla circostanza per la quale la somma garantita doveva essere pari ad euro 41.051,29, senza quindi pervenire alla stipula del contratto in questione. Con nota del 10 dicembre 2003 la società ricorrente comunicava che aveva già provveduto a chiedere una modifica della polizza, aumentando la somma a quella richiesta.

La società ricorrente evidenziava che, in assenza di alcun preavviso, la Giunta comunale adottava la delibera n. 333 del 10 dicembre 2003 con la quale provvedeva alla revoca dell'aggiudicazione ed alla indizione di una nuova gara; ne conseguiva, poi, la determina dirigenziale con la quale si dava atto della suddetta revoca e si incamerava la cauzione provvisoria confermando l'indizione di una nuova gara, sulla base dell'osservazione che la società ricorrente non aveva dato più notizie sulle proprie intenzioni, che era decorso il termine di 45 giorni dall'aggiudicazione dell'inizio dei lavori, che non si era provveduto nei termini nelle forme prescritte alla costituzione delle garanzie fideiussorie ed assicurative.

La società ricorrente, quindi, osservava che tale motivazione era frutto di una istruttoria non adeguata ed di un non attento esame degli atti del procedimento, dato che la Ricorrente Costruzioni snc non aveva mai posto in essere attività dilatorie e le sue intenzioni erano univoche nel voler assumere i lavori aggiudicati, dato che si era regolarmente presentata alla convocazione del 30 ottobre 2003 adempiendo a tutti gli obblighi al fine di addivenire nei termini alla stipula del



contratto e depositando la necessaria documentazione. La circostanza per la quale il Comune di Monte Argentario non aveva ritenuto congruo l'importo della fideiussione richiesta non era sostenibile come causa della revoca dell'aggiudicazione, dato che al momento della ricezione della relativa copia, in data 17 ottobre 2003, nessuna contestazione era stata immediatamente sollevata. Inoltre, fino alle date del 2 dicembre e del 10 dicembre 2003, il Comune aveva continuato ad avere rapporti con l'impresa aggiudicataria al fine di identificare la corretta somma da versare come fideiussione.

Ne conseguiva, per la società ricorrente, che le sue intenzioni non potevano essere interpretate come tendenti a non dare luogo alla stipula del contratto ma, al contrario, erano chiare e univoche ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione dei lavori aggiudicati. A ciò doveva aggiungersi che il termine di 45 giorni per la stipula del contratto, richiamato nella impugnata delibera di Giunta come non osservato, non era perentorio e non era prevista alcuna sanzione per il suo mancato rispetto ai sensi dell'art. 109 d.p.r. n. 554/1999. La norma del bando di gara che faceva riferimento a tale termine si riferiva unicamente alla consegna dei lavori in via d'urgenza, come confermato anche dal relativo capitolato speciale di appalto che fissava il detto termine di 45 giorni unicamente per l'inizio dei lavori dopo la stipula del formale contratto.

In assenza di un termine perentorio, quindi, la revoca dell'aggiudicazione doveva semmai essere preceduta da un formale atto di diffida e messa in mora, nel caso di specie assente.

Né era obiettabile da parte del Comune la mancata costituzione nelle forme prescritte delle garanzie fideiussorie ed assicurative, dato che non era previsto nella legge di gara alcun termine essenziale, le garanzie stesse erano state tutte presentate, la somma errata era stata indicata dallo stesso Comune in data 28

agosto 2003 e quella ritenuta non divisibile era stata rappresentata solo in data 2 dicembre 2003.

A ciò doveva aggiungersi, secondo la società ricorrente, che il Comune aveva adottato provvedimenti di segno opposto, soprattutto nella prima parte del mese di dicembre 2003 ove aveva dapprima manifestato l'intenzione di voler pervenire all'affidamento dei lavori e subito dopo disposto la revoca dell'aggiudicazione.

Evidenziando anche l'incompetenza assoluta della Giunta ad adottare atti invece di esclusiva competenza del dirigente – non potendo avere valore neanche la comunicazione di un legale di fiducia dell'ente locale come effettuata – la società ricorrente evidenziava che l'incameramento della cauzione non doveva essere effettuato per mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, come previsto dall'art. 30, comma 1, l.n. 109/94, dato che, per quanto illustrato, nessuna responsabilità poteva essere a lei addebitata.

La Ricorrente Costruzioni snc concludeva la sua esposizione chiedendo anche il risarcimento dei danni ai sensi dell'art 35 d.lgs. n. 80/98 al fine di reintegrazione piena per i danni ingiusti subiti consistenti sia nel mancato utile sia nella mancata prestazione del servizio, nella misura che si riservava di documentare e quantificare in corso di causa.

Si costituiva in giudizio il Comune di Monte Argentario, evidenziando l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Con l'ordinanza cautelare indicata in epigrafe, questa Sezione rigettava la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati in assenza del requisito del "fumus boni iuris".

In prossimità dell'udienza pubblica, il Comune resistente depositava un'ulteriore memoria a sostegno delle proprie tesi difensive.

All'udienza pubblica del 3 dicembre 2009 la causa era trattenuta in decisione.

In data 9 dicembre 2009 era pubblicato il dispositivo della presente sentenza.

## DIRITTO

Il ricorso, come già anticipato in sede cautelare, non può trovare accoglimento.

A tale conclusione – rispetto alle tesi della società ricorrente secondo le quali non esisteva un termine perentorio per pervenire alla sottoscrizione del contratto – il Collegio ritiene di giungere però non secondo quanto rappresentato dal Comune resistente che, nella sua memoria per l'udienza pubblica, insiste sul richiamo alle disposizioni della legge di gara e sulla natura perentoria del termine di 45 giorni per la consegna e l'inizio dei lavori.

Infatti, tale termine, letteralmente, come previsto nella legge di gara, non richiama la necessità di stipulare il contratto entro i suddetti 45 giorni. Come si evince dalla lettura dell'art. 3.1, comma 1, della lettera invito, infatti, era previsto soltanto che “L'esecuzione dei lavori ha inizio dopo la stipula del formale contratto, in seguito a consegna risultante da apposito verbale da effettuarsi non oltre 45 giorni dalla predetta stipula, previa convocazione dell'esecutore”. Come si nota, il termine di 45 giorni non precede la stipula del contratto ma, semmai, la segue, ferma restando la facoltà della stazione appaltante, prevista dal relativo comma 2, di procedere in via d'urgenza alla consegna dei lavori. Lo stesso articolo 3.1., poi, al comma 3, non prevede una automatica facoltà di risoluzione del contratto allo scadere del termine fissato per la consegna dei lavori ma impone la fissazione di un nuovo termine perentorio, tra 5 e 15 giorni, per dare luogo alla consegna e solo dopo l'infruttuosa scadenza dello stesso era possibile procedere alla risoluzione. Al Collegio appare evidente che proprio il richiamo alla facoltà di risoluzione del contratto attesta che le conseguenze relative al mancato rispetto del termine di 45 giorni in questione operavano solo dopo la stipulazione dello stesso e non prima.

Ciò non toglie, però – e questo appare al Collegio il punto risolutivo – che il seguente art. 6.2, richiamando l'applicazione dell'art. 30, comma 2, della legge n. 109 del 1994, richiedeva la prestazione di una garanzia fideiussoria, a titolo di

cauzione definitiva, pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, e specificava che, qualora l'aggiudicazione fosse avvenuta in favore di un'offerta inferiore all'importo a base d'asta in misura superiore al 20 per cento, la stessa garanzia era aumentata di tanti punti percentuali quanti erano quelli eccedenti la predetta misura percentuale (ferma restando la riduzione del 50% in caso di concorrenti in possesso della certificazione di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, di cui all'art. 6.3, comma 2, invocata anche dalla società ricorrente).

Ne consegue che, se è vero che non sussisteva un termine perentorio per addivenire alla stipula del contratto, questo non poteva essere dilazionato senza specifiche ragioni e, soprattutto, non poteva essere sottoscritto senza la prestazione della polizza fideiussoria richiesta.

Nel caso di specie risulta che il rinvio della stipula, nella fase susseguente all'aggiudicazione, nonché la mancata presentazione della garanzia necessaria sia interamente riconducibile all'impresa aggiudicataria.

Infatti, già in data 28 agosto 2003 il Comune di Monte Argentario aveva trasmesso all'impresa aggiudicataria la nota con la quale la invitava a prendere contatto per la stipula del contratto ed a versare la cauzione in garanzia per euro 57.575,45 oltre ad altra documentazione.

A tale invito, evidentemente senza riscontro, la stazione appaltante replicava con un nuovo sollecito del 17 settembre 2003 in cui si richiamava anche la necessità di provvedere entro 45 giorni.

Tali note, non contestate per il loro contenuto dalla società ricorrente, erano riscontrate solo in data 24 settembre 2003 con una comunicazione via telefax del consulente tecnico della Ricorrente Costruzioni s.n.c. che, facendo riferimento a comunicazioni telefoniche intercorse, specificava di non poter essere presente alla data del 1 ottobre 2003 fissata in tali comunicazioni, per inderogabile precedente

convocazione per altro Collaudo, proponendo quella, in effetti molto ravvicinata, del 3 ottobre 2003 per procedere alla stipula ed alla consegna dei lavori. Tale nota era riscontrata dal Comune in data 26 settembre 2003, con nota del dirigente dell'Ufficio LLPP in cui si confermava l'intenzione di procedere in quella data alla stipula del contratto e contestuale consegna dei lavori.

Tale accordo non trovava esecuzione per causa imputabile nuovamente all'impresa aggiudicataria, la quale inviava una nota del proprio legale rappresentante, in data 2 ottobre 2003, in cui comunicava, genericamente, che per "seri motivi familiari" era impossibilitato a presenziare in tale data, restando in attesa di concordare una nuova data.

Solo in data 17 ottobre 2003, lo stesso legale rappresentante comunicava, altrettanto genericamente, che le cause personali che avevano impedito la sua presenza il 3 ottobre erano state superate e, nell'attesa di una nuova data, inviava parte di documentazione, tra cui la copia della polizza definitiva.

Il Comune, però, tramite legale di sua fiducia, comunicava in data 20 ottobre 2003, di considerare l'impresa già inadempiente dal 15 ottobre 2003 ma di concedere le date del 28 ottobre o del 30 ottobre 2003 per provvedere alla stipula e alla formale consegna dei lavori.

In data 30 ottobre 2003 erano consegnati da parte dell'impresa aggiudicataria i documenti richiesti ma la copia della polizza fideiussoria non era accettata dal Comune di Monte Argentario.

In data 29 novembre 2003, infine, il legale di fiducia del Comune provvedeva ad inviare all'impresa una formale comunicazione di voler procedere alla revoca dell'aggiudicazione per mancata costituzione delle garanzie fideiussorie ed assicurative e mancato inizio dei lavori.

Il Comune, in data 2 dicembre 2003, poi, in seguito a richiesta dell'impresa, specificava le ragioni per le quali riteneva insufficiente l'importo della somma

garantita e riscontrava l'irregolarità del certificato camerale, senza indicare però una ulteriore data per addivenire alla stipula del contratto, con ciò confermando implicitamente la volontà di procedere alla revoca dell'aggiudicazione.

Infatti, in data 10 dicembre 2003, la Giunta municipale del Comune di Monte Argentario provvedeva a tale revoca, per consegna di una polizza fideiussoria non conforme alla normativa vigente, dando mandato al dirigente comunale competente per gli atti consequenziali.

Ne seguiva, quindi, il provvedimento dirigenziale n. 804 del 24 dicembre 2003, con il quale si formalizzava la revoca, si incamerava la cauzione e si indiceva una nuova gara.

Premesso ciò, quindi, non assume valore rilevante la nota della Ricorrente Costruzioni con la quale, ancora in data 10 dicembre 2003, si inviava la comunicazione di avere "...inoltrato alla agenzia di competenza la polizza definitiva per la rettifica dell'importo riportato sulla stessa ed inoltre si è provveduti al nuovo certificato camerale in calce il previsto nulla osta antimafia (gli stessi appena pronti saranno anticipati mezzo fax per vostra conferma)".

Sulla base di tale ricostruzione, quindi, il Collegio rileva la legittimità dell'operato del Comune resistente, dato che: 1) la revoca - disposta comunque dal dirigente competente con il provvedimento impugnato del 24 dicembre 2003, autonomamente motivato - era stata effettuata in seguito alla mancata costituzione della garanzia fideiussoria richiesta, ai sensi dell'art. 30, comma 2, l.n. 109/94 all'epoca vigente; 2) la stessa società ricorrente non ha mai contestato formalmente la somma richiesta, tanto che ancora con nota del 10 dicembre 2003, "...scusandosi degli inconvenienti..." comunicava di volere provvedere (e, quindi, di non avere ancora provveduto per cause al lei imputabili, se si scusava per l'inconveniente) a richiedere la rettifica dell'importo riportato sulla polizza definitiva nel senso, evidentemente, indicato nella nota comunale di delucidazioni

del 2 dicembre 2003 – posteriore alla comunicazione di voler procedere alla revoca dell'aggiudicazione – ivi richiamata, per la somma di euro 41.051, 29 (pari al 14,26% dell'importo contrattuale di euro 575.754,51 ridotta del 50%); 3) i motivi per i quali non è stata tempestivamente prodotta la necessaria fideiussione nei termini previsti dalla lettera invito, in assenza di contrari elementi di prova forniti dalla società ricorrente, sono integralmente a questa riconducibili; 4) il tempo trascorso tra il 28 agosto e il 10 dicembre 2003 appare congruo per legittimare l'amministrazione ad avvalersi della facoltà di procedere alla revoca dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 30 l. n. 109/94 cit.

In relazione alle doglianze della società ricorrente, quindi, il Collegio osserva conclusivamente quanto segue.

Non risulta che l'impresa aggiudicataria, come da lei invece sostenuto, abbia provveduto a prestare tutte le garanzie richieste nei termini, sia pure non perentori, indicati dalla stazione appaltante, se ancora in data 10 dicembre 2003 ammetteva che per generici inconvenienti, di cui si scusava, non aveva ancora ottenuto la polizza per la somma indicata dallo stesso Comune resistente in data 2 dicembre 2003.

Nell'interpretare logicamente i contatti intervenuti tra le parti, tale nota del 2 dicembre 2003 comunque era solo esplicativa delle ragioni definitive per le quali la stazione appaltante aveva ritenuto che la polizza fideiussoria non era stata correttamente individuata e non appariva contraddittoria con la volontà, già comunicata, di procedere alla revoca.

Se pure il Comune aveva indicato in data 28 agosto 2003 una somma non coincidente con quella poi evidenziata il 2 dicembre 2003, il lungo tempo trascorso non esimeva l'impresa aggiudicataria dal contestare formalmente tale richiesta o dal provvedere in tempi ragionevoli, dato che è onere di quest'ultima provvedere senza indugio ad ultimare le formalità necessarie per la sottoscrizione del contratto

e la consegna dei lavori, in particolar modo prestando le garanzie di legge necessarie e richiamate nella lettera invito.

Non risultava alcun comportamento contraddittorio del Comune di Monte Argentario, in quanto, come sopra specificato, in data 2 dicembre 2003 quest'ultimo si era limitato a specificare, sul punto, che la somma ritenuta congrua era diversa da quella da ultimo individuata dalla società aggiudicataria.

L'incameramento della cauzione si palesava ugualmente legittimo dato che, per quanto sopra rilevato, la mancata sottoscrizione del contratto è imputabile a fatto dell'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 30, comma 1, l.n. 109/94 cit.

Il Comune resistente non aveva agito inopinatamente e senza preavviso, provvedendo a significare la volontà di revoca dell'aggiudicazione in data 29 novembre 2003, tramite il proprio legale di fiducia, non essendo necessarie allo scopo particolari provvedimenti formali.

Alla luce di quanto indicato, quindi, la domanda di annullamento non può trovare accoglimento.

Di conseguenza deve essere ugualmente rigettata la domanda di risarcimento del danno, anche sotto il profilo della sua genericità visto che la ricorrente si era riservata di documentare e quantificare nel corso di causa l'entità del danno subito e ciò non risulta avvenuto.

Anche il fugace accenno, contenuto del ricorso, in relazione ad una presunta responsabilità precontrattuale del Comune non consente comunque al Collegio di pronunciare in tal senso, atteso che il lungo tempo concesso all'impresa aggiudicataria per regolarizzare la sua posizione documentale al fine di procedere alla sottoscrizione del contratto e dalla consegna dei lavori attesta l'assenza di comportamento contrario alla buona fede e alla correttezza posto alla base degli artt. 1337 e 1338 c.c.



Il ricorso, quindi, deve essere rigettato ma sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio, attesa la peculiarità della vicenda in relazione ai rapporti intercorsi tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione 2<sup>^</sup> rigetta il ricorso in epigrafe e la relativa domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del 3 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2010

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

IL SEGRETARIO