



REPUBBLICA ITALIANA

N.1123/06 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.308 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione ANNO 2006

Terza, con l'intervento dei signori magistrati

Nicolò Monteleone Presidente

Giovanni Tulumello Referendario

Achille Sinatra Referendario- estensore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 308-06, proposto dall'Impresa SEICON s.a.s., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Giovanni e Giuseppe Immordino, presso il cui studio in Palermo, Via Libertà n.171, è elettivamente domiciliato, come da procura a margine del ricorso

C O N T R O

- il Comune di Castellammare del Golfo, in persona del Sindaco pro-tempore, autorizzato a stare in giudizio come da deliberazione della Giunta Municipale n. 44 del 23.2.2006, rappresentato e difeso dall'Avv. Baldassare Agugliaro nel cui studio è elettivamente domiciliato in Palermo, via Sammartino n. 4, come da procura in calce alla copia notificata del ricorso;

e nei confronti

dell'Impresa Perrone Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentate pro-tempore, non costituita in giudizio;

PER L'ANNULLAMENTO

- del verbale di gara del 10 gennaio 2006 relativo all'appalto dei lavori per le opere per la qualificazione dell'ambiente urbano località via Marina Petrolo, via Vittorio Pisani, via del Macello, piazza Europa, Largo Petrolo – Stralcio n. 3 di completamento, nella parte in cui il seggio di gara ha ammesso alla gara anziché escludere l'impresa Perrone Costruzioni srl;

- del medesimo verbale di gara nella parte in cui è stata dichiarata aggiudicataria la Perrone Costruzioni;

VISTO il ricorso introduttivo del giudizio;

VISTO l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato;

VISTA l'ordinanza di sospensione dei provvedimenti impugnati n. 266\06 del 28.2.2006;

VISTI gli atti tutti della causa;

UDITO il relatore, Referendario Achille Sinatra;

UDITI, alla pubblica udienza del 12 aprile 2006 i procuratori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, notificato in data 8.2.2006 e depositato il giorno 14 successivo, la Seicon s.a.s. insorge avverso gli atti con i quali la commissione aggiudicatrice dell'appalto di lavori di qualificazione dell'ambiente urbano località via Marina Petrolo, via Vittorio Pisani, via del Macello, piazza Europa, Largo Petrolo – Stralcio n. 3 di completamento, recante un complessivo importo a base d'asta pari ad euro 692.677,29 compresi oneri di sicurezza, non ha escluso dalla gara la Perrone Costruzioni s.r.l.,

e, successivamente, ha aggiudicato il contratto in favore di quest'ultima.

L'impugnazione in esame è articolata nelle seguenti censure:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 lettera T del bando di gara.- L'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa poichè, in primo luogo, essa ha prodotto in gara un modello GAP privo della data e della sottoscrizione, come sarebbe stato necessario a norma dell'art. 15, lettera T, del bando di gara;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del bando in relazione all'art. 30, comma 1 bis, della L. 11.2.94 n. 109 e successive modifiche e integrazioni, coordinata con la L.R. 2.8.2002 n. 7 e la L.R. 19.5.2003 n. 7.- La Perrone s.r.l., inoltre, avrebbe dovuto essere esclusa dalla competizione per avere prodotto una cauzione provvisoria accompagnata dalla allegazione di tre copie di fidejussioni bancarie recanti un'attestazione di cessata efficacia da parte dell'Istituto bancario garante.

La ricorrente ha concluso chiedendo l'annullamento degli atti gravati, previa loro sospensione, ed il risarcimento dei danni.

Nella camera di consiglio del 28.2.2006 è stata accolta l'istanza cautelare con ordinanza n. 266\2006.

Successivamente, si è costituito in giudizio il Comune di Castellamare del Golfo, che ha controdedotto nel merito avverso le doglianze di parte ricorrente.

All'udienza pubblica del 12.4.2006 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame la ricorrente censura la mancata esclusione dalla gara di cui in epigrafe della Perrone s.r.l., poi risultata aggiudicataria.

Con il primo mezzo la ricorrente si duole della mancata esclusione dell'aggiudicataria in relazione alla produzione, da parte di quest'ultima, di un modulo Gap non sottoscritto, come invece imponeva l'incontestata (la controinteressata non si è neppure costituita in giudizio) previsione dell'art. 15-t del bando di gara.

Ritiene il Collegio di potere prescindere dall'esaminare la questione relativa alla rilevanza escludente della citata clausola della *lex specialis*, in quanto il secondo motivo di ricorso (con il quale la Seicon s.a.s. denuncia la causa d'esclusione a carico dell'aggiudicataria costituita dall'aver, quest'ultima, prodotto in gara tre fidejussioni bancarie dichiarate inefficaci dall'Istituto di credito garante), è fondato, e va accolto, con portata assorbente su ogni altra questione.

Come è noto, ai sensi dell'art. 20 della L.r. n. 7 del 2003 (che ha modificato il primo comma dell'art. 24 della L.r. n. 7 del 2002, norma a propria volta modificativa dell'art. 30 L. 109\94, come applicabile in Sicilia), per i lavori d'importo a base d'asta inferiori alla soglia comunitaria e superiori a 150.000 euro la cauzione di cui al comma 1 è ridotta allo 0,50 per cento da prestarsi a mezzo di fideiussione bancaria; ma tale previsione, nelle gare per lavori di importo a base d'asta inferiore a euro 750.000, non si applica

alle imprese che presentino copia autenticata di tre fidejussioni bancarie provvisorie “ancora valide”.

Nella circostanza in esame, relativa ad un appalto il cui importo a base d’asta è inferiore a 750.000 euro, la Perrone s.r.l. ha inteso avvalersi della citata disposizione, producendo tre fideiussioni rilasciate dal Banco di Sicilia (ovviamente) per lavori diversi da quelli oggetto dell’appalto in epigrafe.

Ebbene, in calce alle tre fideiussioni, versate in atti, l’Istituto di credito in parola, in data 14 dicembre 2005, ha attestato la conformità agli originali delle copie fornite all’interessata, specificando, tuttavia, che ciascuno di detti originali era “ormai privo di efficacia”.

Tale dizione non può avere altro significato (minimo) se non quello per cui tali contratti non sono più idonei ad esplicare i loro effetti nell’ordinamento giuridico (quale che ne sia la causa d’inefficacia, non esplicitata dalla Banca), e, quindi, a fornire all’Amministrazione appaltante la garanzia che la citata normativa si preoccupa di approntare in suo favore.

Nè, in tal senso, può condurre a diversa interpretazione il fatto che le norme in questione facciano riferimento a fideiussioni bancarie “ancora valide”, e non, invece, a fideiussioni “ancora efficaci”.

Invero, attesa la funzione rivestita dalla garanzia in questione, non è possibile ritenere che, nella circostanza, il legislatore regionale abbia inteso fare stretto riferimento alla sola assenza di cause d’invalidità in senso tecnico.

Si deve, invece, ritenere, che le condizioni di ammissione in gara di cui all'art. 20 della L.R. 7\2003 possano dirsi soddisfatte allorchè l'impresa che intenda avvalersene sia in grado di fornire all'Amministrazione una garanzia effettiva: a tal fine occorre non soltanto che le fideiussioni prodotte siano "valide" in senso tecnico, ma pure che esse siano suscettibili di produrre i propri effetti nel mondo giuridico, e, quindi, ad esempio, che non siano giunte alla scadenza del termine di efficacia loro assegnato per legge.

D'altro canto, che il legislatore regionale abbia avuto particolare riguardo proprio all'esigenza che le fideiussioni di cui trattasi, per assolvere alla funzione loro demandata, debbano essere produttive di effetti, è attestato dal termine "ancora" apposto prima della parola "valide", che riporta, soprattutto, all'esigenza che non siano prodotti in gara contratti per i quali sia già spirato il termine finale di efficacia, pari a 180 giorni.

Tale interpretazione della norma regionale è avvalorata dal tenore dell'art. 30, comma 2 bis, della L. 109\94, cui essa si correla, che, recitando "La fideiussione bancaria o la polizza assicurativa relative alla cauzione provvisoria hanno validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta" riporta, chiaramente, non già alla validità del negozio in senso tecnico, in quanto la scadenza del termine ivi fissato non costituisce una causa di invalidità sopravvenuta (l'invalidità successiva è quella che, ad esempio, si produce per effetto di una norma sopravvenuta con effetti espressamente retroattivi, nei limiti in

cui ciò possa considerarsi costituzionalmente legittimo: Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2003, n. 4854; la categoria, in campo contrattuale, è addirittura posta in dubbio dalla Corte di cassazione, che preferisce rinvenirvi proprio una causa di inefficacia: sez. I, 5 aprile 2001, n. 5052), ma riguarda soltanto la capacità del contratto di esplicare effetti nell'ordinamento sino, appunto, alla scadenza del termine fissato dalla norma stessa. Intervenuta tale scadenza, il contratto, pur esente da cause di nullità o annullabilità, cessa di esplicare effetti giuridici: diviene, quindi, inefficace.

Peraltro, è evidente che la medesima esigenza di garanzia cui si è sopra accennato, sottesa alla necessità che le imprese partecipanti ad un pubblico appalto forniscano la cauzione provvisoria (seppure nella forma "agevolata" concepita dal legislatore siciliano), risulterebbe disattesa anche in presenza di altre possibili cause di inefficacia, che non quella costituita dal naturale termine di scadenza; si pensi a tutte le altre cause ostative alla produzione di effetti giuridici, ma non legate alla presenza di eventuali cause d'invalidità, nelle quali detti negozi possano, per ipotesi, incorrere: quali, ad esempio, l'intervenuta risoluzione (rimedio che attiene alla tutela del sinallagma contrattuale, e che nulla ha a che vedere con la validità del negozio), il mutuo dissenso o il recesso unilaterale (cause d'estinzione del rapporto ancora una volta non correlate ad eventuali invalidità del contratto, ma alla mera volontà di entrambe o di una sola delle parti) o la ricorrenza di una delle

cause d'estinzione della fideiussione di cui agli artt. 1955-1957 c.c.

Sebbene, nel caso di specie, dagli atti di causa non emerga quale sia stata la causa che ha indotto il Banco di Sicilia a ritenere "inefficaci" le tre fideiussioni già accordate alla Perrone Costruzioni s.r.l., rileva il Collegio che non può essere accolta la tesi propugnata dal Comune, per la quale l'inefficacia dichiarata dalla Banca discenderebbe dal fatto che le gare per le quali le tre polizze erano state rilasciate non sarebbero state aggiudicate alla controinteressata.

Sul punto –premessi che non è stato provato quale sia stato l'esito delle gare in questione- si deve osservare che il sopra richiamato art. 30, comma 2 bis, L. 109\94, espressamente dispone che il termine di efficacia delle garanzie provvisorie sia (ordinariamente) pari a 180 giorni dalla presentazione dell'offerta; non prevede, quindi, che l'efficacia delle suddette garanzie venga cessare per effetto della mancata aggiudicazione della gara per la quale esse sono state rilasciate (evento che, di norma, si produce ben prima di 180 giorni dal momento in cui i concorrenti formulano le loro offerte). L'eccezione del Comune postula, a ben vedere, una vera e propria interpretatio abrogans dell'art. 24 L.R. 7\2002 sul punto che qui interessa: è, infatti, evidente, che il legislatore regionale ha inteso favorire la partecipazione alla gare d'appalto per coloro che fossero in grado di produrre in gara polizze fideiussorie rilasciate in occasione di altre e precedenti selezioni, operazione che sarebbe impossibile

(perchè contrastante con le ridette esigenze di garanzia per gli enti appaltanti) qualora si ritenesse che, una volta mancata l'aggiudicazione nella gara per cui la garanzia è stata originariamente prestata, quest'ultima diventi automaticamente inefficace, e, quindi, priva dell'utilità sostitutiva della ordinaria garanzia provvisoria che la norma regionale in esame le annette per gli appalti d'importo inferiore a 750.000 euro.

Peraltro la controinteressata, sebbene ritualmente intimata (essa ha ricevuta la notificazione del ricorso in data 13.2.2006), non ha ritenuto opportuno costituirsi in giudizio al fine di contrastare le avverse deduzioni sul punto.

Sicchè, conclusivamente, le tre fideiussioni prodotte dalla Perrone Costruzioni s.r.l. nella gara in questione, attestate inefficaci dall'Istituto garante, non risultano rispondenti alle prescrizioni di cui all'art. 24 L.R. 7\2003, di guisa che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione in epigrafe; ed il motivo teso alla censura della mancata esclusione per detta ragione deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati ed assorbimento di ogni altra questione.

Sussistono giusti motivi, anche in relazione alla novità delle questioni sopra trattate, per compensare interamente le spese di lite fra tutte le parti.

P. Q. M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, accoglie il ricorso, e, per l'effetto, annulla i provvedimenti

con esso impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 12 aprile 2006.

_____Presidente

_____Estensore

_____Segretario

Depositata in Segreteria il __16 maggio 2006

Il Direttore della Sezione