

E' illegittima la seguente clausola di un bando << Nel caso di costituende A.T.I. la polizza provvisoria deve essere, a pena di esclusione, intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento e sottoscritta da tutti i rappresentanti legali delle imprese facenti parte del raggruppamento>>

Segue da ciò l'illegittimità della previsione contenuta nell'art. 11, lett. i), del bando e dei provvedimenti conseguenti e, per l'effetto, l'accoglimento della domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati.

Quanto alla domanda risarcitoria, essa si palesa fondata: Ritiene il Collegio che sussista, per quanto detto al punto 1 della motivazione, l'illegittimità degli atti impugnati, che rivela una condotta colposa della stazione appaltante.

Sussiste, inoltre, il nesso di causalità tra detta condotta e il danno ingiusto cagionato alla ricorrente, atteso che se il seggio di gara avesse correttamente ammesso l'ATI alla gara, i lotti nn. 5 e 7 le sarebbero verosimilmente stati aggiudicati, salva l'applicazione dell'art. 86, c. 3, D.Lgs. 163/06 in ordine alla valutazione di congruità delle offerte ammesse in numero inferiore a cinque, per le quali non opera il meccanismo automatico del taglio delle ali.

NB (nota della redazione):

Solo dopo il recepimento italiano della cd direttiva ricorsi (entro 20 dicembre 2009) , sarà possibile alla stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, pronunciarsi valutando se intervenire o meno in autotutela (anche prima della sottoscrizione del contratto), evitando così l'eventuale risarcimento per equivalente: Così facendo il risultato potrebbe anche essere quello di non arrivare davanti alla corte dei conti per gli accertamenti delle eventuali responsabilità personali

Per come riconosciuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione 4 ottobre 2005, n. 8: "Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), ... il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara."

In sostanza ciò che rileva quale condizione di validità della polizza e, quindi, quale condizione di efficacia dell'offerta, sanzionabile – in mancanza - con l'esclusione, è solo l'intestazione della stessa a tutti i partecipanti all'ATI, restando invece indifferente la sottoscrizione o meno da parte di ciascuno di essi.

Ricorso per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- del provvedimento prot. n. 43347 del 6.2.2009, con il quale si comunica che, con verbali del 3 e 4 febbraio 2009, l'ATI ricorrente è stata esclusa dalla gara d'appalto avente ad oggetto "Servizi e forniture per i Settori del Comune di Palermo" – lotto di partecipazione n. 5 "Fornitura di ricambi meccanici, di lattoneria ed idraulici per veicoli" e n. 7 "Fornitura di ricambi elettrici ed accumulatori";
- dei verbali di gara n. 1 del 3.2.2009, n. 2 del 4.2.2009 e n. 3 del 2.3.2009;
- ove occorra, degli altri verbali di gara di sedute non pubbliche del 23.2.2009 e 27.2.2009, nella parte in cui è stata esclusa l'ATI ricorrente e sono stati aggiudicati i lotti n. 5 e 7 alla BETA. Auto s.r.l.;
- **ove occorra, del bando di gara – art. 11 lett. I) ed avvertenze lett. a) nella parte in cui richiede, pena l'esclusione, anche la sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte di tutte le imprese della costituenda ATI;**
- ove esistenti, degli eventuali rispettivi provvedimenti di aggiudicazione definitiva dell'affidamento delle forniture relative ai lotti n. 5 e n. 7 alla società controinteressata;
- di tutti gli altri atti e provvedimenti del procedimento, antecedenti o conseguenti, connessi, prodromici o consequenziali, anche non meglio conosciuti e specificati;

NONCHÉ PER IL RICONOSCIMENTO:

- del diritto dell'impresa ricorrente al risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione definitiva della gara in ordine ai lotti 5 e 7, ed in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati e per la condanna al pagamento delle relative somme che verranno quantificate in corso di causa o in subordine delle somme di cui si chiede sin d'ora la liquidazione in via equitativa ex articolo 1226 c.c., il tutto comprensivo di interessi legali e rivalutazione monetaria;

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 – Violazione degli artt. 1936 ss. c.c. – Divieto di aggravamento del procedimento – Violazione del principio di massima partecipazione – Violazione dell'art. 97 Cost., atteso che l'Amministrazione appaltante ha escluso l'ATI ricorrente per una presunta violazione dell'art. 11 lett. i) del bando di gara in quanto la fideiussione, ancorché intestata a tutte le imprese dell'ATI costituenda, è stata sottoscritta solo dal legale rappresentante della capogruppo.

La mancata sottoscrizione della fideiussione non inficia però la validità dell'offerta in quanto non viene intaccata la garanzia dell'Amministrazione in caso di mancata stipula del contratto.

La previsione del bando "a pena di esclusione" può pertanto riferirsi solo alla mancata intestazione della polizza a tutte le partecipanti all'ATI e non alla sua mancata sottoscrizione da parte di ciascuna di esse.

Il provvedimento di esclusione e il bando sono quindi illegittimi anche perché la prescrizione imposta viola il disposto di cui agli artt. 75 e 113 D.Lgs. 163/06 che individuano il contenuto che la garanzia prestata deve avere ai fini della sua legittimità.

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

presente controversia ha ad oggetto la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento di servizi e forniture per i settori del Comune di Palermo adottato in applicazione della previsione di cui all'art. 11 lett. i) del bando, il quale, all'ultimo comma recita: "Nel caso di costituende A.T.I. la predetta polizza deve essere, a pena di esclusione, intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento e sottoscritta da tutti i rappresentanti legali delle imprese facenti parte del raggruppamento."

Ritiene il Collegio che la disposizione di cui trattasi, contrariamente a quanto inizialmente prospettato in ricorso, non possa interpretarsi nel senso che la sanzione dell'esclusione operi solo in caso di mancata intestazione e non anche in caso di mancata sottoscrizione della polizza da parte di tutti i partecipanti all'ATI offerente; invero, se così fosse, essa doveva essere formulata come segue: "Nel caso di costituende A.T.I. la predetta polizza deve essere intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, a pena di esclusione, nonché sottoscritta da tutti i rappresentanti legali delle imprese facenti parte del raggruppamento."

L'apposizione della locuzione "a pena di esclusione", prima delle previsioni relative alla intestazione e alla sottoscrizione della polizza, non può che significare che la sanzione riguarda entrambe le eventuali omissioni.

Ciò posto, resta da valutare la legittimità della citata previsione contenuta nella lex specialis della procedura.

Ritiene il Collegio, re melius perpensa, che l'art. 11, lett. i) del bando - nella parte in cui sanziona con l'esclusione la mancata sottoscrizione della polizza da parte di tutti i rappresentanti legali delle imprese facenti parte dell'ATI - sia illegittimo perché contenente una prescrizione sovrabbondante rispetto alla necessità dell'amministrazione aggiudicatrice di garantirsi dall'eventuale mancata stipula del contratto per causa imputabile ad una delle imprese partecipanti all'ATI.

Invero, il contratto di fideiussione interviene tra il garante (cioè l'istituto di credito) ed il beneficiario (la stazione appaltante); si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (v. art. 1333 c.c.) ed è efficace anche se il garantito (nella specie l'ATI costituenda) non ne è a conoscenza, in quanto egli non è parte necessaria dell'accordo (v. art. 1936, c. 2, c.c.).

Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione della mandante dell'ATI costituenda non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini della validità della polizza.

una volta preso atto dell'illegittima esclusione dell'ATI ricorrente dalla gara relativa ai lotti di cui trattasi, dovrà riammetterla, disponendo la rinnovazione delle operazioni di gara entro quindici (15) giorni dalla notificazione, o dalla comunicazione in via amministrativa, se precedente, della presente sentenza;

II. qualora, all'esito del rinnovo delle operazioni di gara, l'ATI ricorrente dovesse restare aggiudicataria di uno o di entrambi i lotti, in applicazione dell'articolo 35, c. 2, D.Lgs. 80/1998, dovrà, nei successivi trenta (30) giorni:

a) per la parte di contratto non ancora eseguita, disporre il subentro dell'ATI ricorrente nel contratto stipulato con la controinteressata;

b) per la parte di contratto eventualmente eseguita, offrire all'ATI ricorrente un risarcimento pecuniario da determinarsi in via equitativa, a titolo di lucro cessante, nella misura del 5 % (cinque per cento) del valore delle forniture prestate dalla controinteressata, tenuto conto dell'importo delle offerte ribassate presentate dall'ATI ricorrente.

Ritiene peraltro il Collegio di non riconoscere la misura del 10 % invocata da parte ricorrente in quanto detta richiesta risarcitoria non è suffragata dalla prova che l'ATI non abbia potuto effettuare nel frattempo, per altre commesse pubbliche o private, le forniture di cui trattasi (cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 6 giugno 2007, n. 1592).

Ritiene altresì il Collegio che il danno emergente richiesto - da ricollegarsi presumibilmente, ancorché non precisato in memoria alle spese sostenute per la partecipazione alla gara e quantificato dall'ATI ricorrente, in via equitativa, in € 6000,00 -

non spetti, in quanto – per consolidato orientamento giurisprudenziale – detti costi restano, di norma, a carico delle imprese partecipanti e quindi sono ristorati, nel caso di specie, mediante il rinnovo delle operazioni di gara (cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144).

Ritiene infine il Collegio che il danno da perdita di chance, relativa all'incidenza del mancato svolgimento del rapporto con la p.a. con riferimento ad eventuali gare successive, parimenti non spetti all'ATI ricorrente tenuto conto del breve tempo intercorso tra l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata, la sospensione degli atti di gara in sede giurisdizionale e la disposta rinnovazione delle operazioni, mediante riammissione dell'ATI ricorrente alla gara di cui trattasi.

Sorge spontanea un'osservazione

Solo in attuazione dell'articolo 44 della Legge 7/7/2009 n. 88_Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008. il Governo e' delegato (atto da compiersi entro il 20 dicembre 2009) ad adottare, entro il termine e con le modalità di cui all'articolo 1, uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/ 665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici

E pertanto, è legittimo affermare che solo con l'attuazione della direttiva ricorsi 2007/66/CE, alla quale l'Italia dovrà dare attuazione entro il 20 dicembre 2009, l'impresa illegittimamente pretermessa in sede di aggiudicazione di un appalto riceverà una tutela che possa rappresentare effettiva soddisfazione dell' interesse a diventare contraente della P.A.

Ma non solo

Ed in particolare infatti si legge nell'articolo 1 della summenzionata Legge delega che :

Ai fini della delega di cui al presente articolo, per stazione appaltante si intendono i soggetti di cui agli articoli 32 e 207 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati nel rispetto dei principi e criteri direttivi generali di cui all'articolo 2, nonché dei seguenti principi e criteri direttivi specifici:

(...)

d) recepire integralmente l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 92/ 13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo, inoltre, che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela>

Pertanto nel futuro l'amministrazione potrà evitare il risarcimento per equivalente, potendo quindi, soddisfare le pretese della ricorrente vincitrice, solo attraverso quello in forma specifica (subentro della legittima aggiudicataria)

Così facendo il risultato potrebbe anche essere quello di non arrivare davanti alla corte dei conti per gli accertamenti delle eventuali responsabilità personali

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1674 del 20 ottobre 2009, emessa dal Tar Sicilia, Palermo

N. 01674/2009 REG.SEN.
N. 00605/2009 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 605 del 2009, proposto da ALFA S.p.A., in persona dell'amministratore unico legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. costituenda con la ditta ALFA DUE MARIA S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Cimino e Alessandro Arcifa,

con domicilio eletto in Palermo, Via Libertà n. 171, presso lo studio dell'avv. Giovanni Immordino;

contro

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Carmelo Lauria, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Comunale, in Palermo, Piazza Marina, n. 39;

nei confronti di

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

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- del provvedimento prot. n. 43347 del 6.2.2009, con il quale si comunica che, con verbali del 3 e 4 febbraio 2009, l'ATI ricorrente è stata esclusa dalla gara d'appalto avente ad oggetto "Servizi e forniture per i Settori del Comune di Palermo" – lotto di partecipazione n. 5 "Fornitura di ricambi meccanici, di lattoneria ed idraulici per veicoli" e n. 7 "Fornitura di ricambi elettrici ed accumulatori";
- dei verbali di gara n. 1 del 3.2.2009, n. 2 del 4.2.2009 e n. 3 del 2.3.2009;
- ove occorra, degli altri verbali di gara di sedute non pubbliche del 23.2.2009 e 27.2.2009, nella parte in cui è stata esclusa l'ATI ricorrente e sono stati aggiudicati i lotti n. 5 e 7 alla BETA. Auto s.r.l.;
- ove occorra, del bando di gara – art. 11 lett. I) ed avvertenze lett. a) nella parte in cui richiede, pena l'esclusione, anche la sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte di tutte le imprese della costituenda ATI;
- ove esistenti, degli eventuali rispettivi provvedimenti di aggiudicazione definitiva dell'affidamento delle forniture relative ai lotti n. 5 e n. 7 alla società controinteressata;
- di tutti gli altri atti e provvedimenti del procedimento, antecedenti o conseguenti, connessi, prodromici o consequenziali, anche non meglio conosciuti e specificati;

NONCHÉ PER IL RICONOSCIMENTO:

- del diritto dell'impresa ricorrente al risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione definitiva della gara in ordine ai lotti 5 e 7, ed in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati e per la condanna al pagamento delle relative somme che verranno quantificate in corso di causa o in subordine delle somme di cui si chiede sin d'ora la liquidazione in via equitativa ex articolo 1226 c.c., il tutto comprensivo di interessi legali e rivalutazione monetaria;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Palermo, con le relative deduzioni difensive;

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente;

Vista l'ordinanza del T.a.r. Sicilia-Palermo, Sez. III, n. 448/09;

Vista l'ordinanza del Cons. di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, Sez. giurisd., n. 699/09;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 6 ottobre 2009, il Consigliere Federica Cabrini;

Uditi i difensori delle parti presenti, come da verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 92/2009;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 20/3/2009 e depositato in data 2/4/2009, la costituenda ATI ALFA s.p.a. – ALFA DUE Maria s.r.l. ha chiesto l'annullamento degli atti in epigrafe indicati ed, in particolare, della propria esclusione dalla gara avente ad oggetto l'affidamento di servizi e forniture per i settori del Comune di Palermo, lotti di partecipazione nn. 5 e 7, nonché il risarcimento dei danni conseguenti.

Deduce a tal fine la seguente censura:

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 – Violazione degli artt. 1936 ss. c.c. – Divieto di aggravamento del procedimento – Violazione del principio di massima partecipazione – Violazione dell'art. 97 Cost., atteso che l'Amministrazione appaltante ha escluso l'ATI ricorrente per una presunta violazione dell'art. 11 lett. i) del bando di gara in quanto la fideiussione, ancorché intestata a tutte le imprese dell'ATI costituenda, è stata sottoscritta solo dal legale rappresentante della capogruppo.

La mancata sottoscrizione della fideiussione non inficia però la validità dell'offerta in quanto non viene intaccata la garanzia dell'Amministrazione in caso di mancata stipula del contratto.

La previsione del bando "a pena di esclusione" può pertanto riferirsi solo alla mancata intestazione della polizza a tutte le partecipanti all'ATI e non alla sua mancata sottoscrizione da parte di ciascuna di esse.

Il provvedimento di esclusione e il bando sono quindi illegittimi anche perché la prescrizione imposta viola il disposto di cui agli artt. 75 e 113 D.Lgs. 163/06 che individuano il contenuto che la garanzia prestata deve avere ai fini della sua legittimità.

Conclude quindi per l'accoglimento del ricorso e della preliminare istanza cautelare.

Si è costituito in giudizio il solo Comune di Palermo chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 448/09 l'istanza cautelare è stata rigettata sul presupposto che la prescrizione imposta dal bando rientrasse nella discrezionalità della stazione appaltante e non comportasse un eccessivo aggravio della procedura.

Con ordinanza n. 699/09, in sede di appello, è stata disposta la sospensione degli atti impugnati tenuto conto delle censure prospettate nei confronti delle clausole del bando di gara.

Con memorie depositate in data 24 e 30/9/2009, le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive; l'ATI ricorrente, quanto alla domanda di risarcimento del danno, ha poi specificato le proprie richieste relative alla condanna del Comune:

1) al risarcimento in forma specifica tramite l'aggiudicazione e la stipula del contratto per la parte di fornitura non ancora eseguita (risultando la stipula del contratto con la controinteressata in data 26/5/2009);

2) al risarcimento per equivalente per la parte di fornitura già eseguita con il risarcimento del danno emergente, da liquidarsi in via equitativa in € 6000,00, del lucro cessante, pari al 10 % della base d'asta, nonché della perdita di chance in misura non inferiore al 3 % della base d'asta, il tutto oltre interessi e rivalutazione.

Alla pubblica udienza del giorno 6 ottobre 2009, uditi i difensori delle parti presenti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

In pari data è stato pubblicato il dispositivo (n. 92/2009) della presente sentenza.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento di servizi e forniture per i settori del Comune di Palermo adottato in applicazione della previsione di cui all'art. 11 lett.

i) del bando, il quale, all'ultimo comma recita: "Nel caso di costituende A.T.I. la predetta polizza deve essere, a pena di esclusione, intestata a tutte le imprese

facenti parte del raggruppamento e sottoscritta da tutti i rappresentanti legali delle imprese facenti parte del raggruppamento.”.

Ritiene il Collegio che la disposizione di cui trattasi, contrariamente a quanto inizialmente prospettato in ricorso, non possa interpretarsi nel senso che la sanzione dell'esclusione operi solo in caso di mancata intestazione e non anche in caso di mancata sottoscrizione della polizza da parte di tutti i partecipanti all'ATI offerente; invero, se così fosse, essa doveva essere formulata come segue: “Nel caso di costituende A.T.I. la predetta polizza deve essere intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, a pena di esclusione, nonché sottoscritta da tutti i rappresentanti legali delle imprese facenti parte del raggruppamento.”.

L'apposizione della locuzione “a pena di esclusione”, prima delle previsioni relative alla intestazione e alla sottoscrizione della polizza, non può che significare che la sanzione riguarda entrambe le eventuali omissioni.

Ciò posto, resta da valutare la legittimità della citata previsione contenuta nella *lex specialis* della procedura.

Ritiene il Collegio, *re melius perpensa*, che l'art. 11, lett. i) del bando - nella parte in cui sanziona con l'esclusione la mancata sottoscrizione della polizza da parte di tutti i rappresentanti legali delle imprese facenti parte dell'ATI - sia illegittimo perché contenente una prescrizione sovrabbondante rispetto alla necessità dell'amministrazione aggiudicatrice di garantirsi dall'eventuale mancata stipula del contratto per causa imputabile ad una delle imprese partecipanti all'ATI.

Per come riconosciuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione 4 ottobre 2005, n. 8: “Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), ... il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve

dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.”.

In sostanza ciò che rileva quale condizione di validità della polizza e, quindi, quale condizione di efficacia dell’offerta, sanzionabile – in mancanza - con l’esclusione, è solo l’intestazione della stessa a tutti i partecipanti all’ATI, restando invece indifferente la sottoscrizione o meno da parte di ciascuno di essi.

Invero, il contratto di fideiussione interviene tra il garante (cioè l’istituto di credito) ed il beneficiario (la stazione appaltante); si perfeziona con la comunicazione a quest’ultimo (v. art. 1333 c.c.) ed è efficace anche se il garantito (nella specie l’ATI costituenda) non ne è a conoscenza, in quanto egli non è parte necessaria dell’accordo (v. art. 1936, c. 2, c.c.).

Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione della mandante dell’ATI costituenda non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini della validità della polizza.

Segue da ciò l’illegittimità della previsione contenuta nell’art. 11, lett. i), del bando e dei provvedimenti conseguenti e, per l’effetto, l’accoglimento della domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati.

2. Quanto alla domanda risarcitoria, essa si palesa fondata nei limiti delle seguenti osservazioni.

Il contratto di appalto di cui trattasi ha ad oggetto la fornitura di ricambi meccanici, di lattoneria ed idraulici per veicoli (lotto n. 5 – importo complessivo € 211.250,00, escluso I.V.A. – importo a base di gara: i prezzi dei listini indicati nel CSA) e la fornitura di ricambi elettrici ed accumulatori (lotto n. 7 – importo complessivo € 43.150,00, escluso I.V.A. – importo a base di gara: i prezzi dei listini indicati nel CSA).

Entrambi i lotti sono stati aggiudicati alla BETA Auto s.r.l. (unica offerente, per il lotto n. 5, con un ribasso del 33 % e prima di tre offerenti, per il lotto n. 7, con un ribasso dell'8 %).

La ricorrente ATI è stata invece esclusa dalla gara.

Risulta peraltro provato in atti che la ricorrente ha presentato un ribasso del 33,20 %, per il lotto n. 5 e del 14,20 %, per il lotto n. 7.

Ritiene il Collegio che sussista, per quanto detto al punto 1 della motivazione, l'illegittimità degli atti impugnati, che rivela una condotta colposa della stazione appaltante.

Sussiste, inoltre, il nesso di causalità tra detta condotta e il danno ingiusto cagionato alla ricorrente, atteso che se il seggio di gara avesse correttamente ammesso l'ATI alla gara, i lotti nn. 5 e 7 le sarebbero verosimilmente stati aggiudicati, salva l'applicazione dell'art. 86, c. 3, D.Lgs. 163/06 in ordine alla valutazione di congruità delle offerte ammesse in numero inferiore a cinque, per le quali non opera il meccanismo automatico del taglio delle ali.

Segue da ciò che la stazione appaltante:

I. una volta preso atto dell'illegittima esclusione dell'ATI ricorrente dalla gara relativa ai lotti di cui trattasi, dovrà riammetterla, disponendo la rinnovazione delle operazioni di gara entro quindici (15) giorni dalla notificazione, o dalla comunicazione in via amministrativa, se precedente, della presente sentenza;

II. qualora, all'esito del rinnovo delle operazioni di gara, l'ATI ricorrente dovesse restare aggiudicataria di uno o di entrambi i lotti, in applicazione dell'articolo 35, c. 2, D.Lgs. 80/1998, dovrà, nei successivi trenta (30) giorni:

a) per la parte di contratto non ancora eseguita, disporre il subentro dell'ATI ricorrente nel contratto stipulato con la controinteressata;

b) per la parte di contratto eventualmente eseguita, offrire all'ATI ricorrente un risarcimento pecuniario da determinarsi in via equitativa, a titolo di lucro cessante,

nella misura del 5 % (cinque per cento) del valore delle forniture prestate dalla controinteressata, tenuto conto dell'importo delle offerte ribassate presentate dall'ATI ricorrente.

Ritiene peraltro il Collegio di non riconoscere la misura del 10 % invocata da parte ricorrente in quanto detta richiesta risarcitoria non è suffragata dalla prova che l'ATI non abbia potuto effettuare nel frattempo, per altre commesse pubbliche o private, le forniture di cui trattasi (cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; T.A.R. Sicilia, Palermo, III, 6 giugno 2007, n. 1592).

Ritiene altresì il Collegio che il danno emergente richiesto - da ricollegarsi presumibilmente, ancorché non precisato in memoria alle spese sostenute per la partecipazione alla gara e quantificato dall'ATI ricorrente, in via equitativa, in € 6000,00 - non spetti, in quanto - per consolidato orientamento giurisprudenziale - detti costi restano, di norma, a carico delle imprese partecipanti e quindi sono ristorati, nel caso di specie, mediante il rinnovo delle operazioni di gara (cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144).

Ritiene infine il Collegio che il danno da perdita di chance, relativa all'incidenza del mancato svolgimento del rapporto con la p.a. con riferimento ad eventuali gare successive, parimenti non spetti all'ATI ricorrente tenuto conto del breve tempo intercorso tra l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata, la sospensione degli atti di gara in sede giurisdizionale e la disposta rinnovazione delle operazioni, mediante riammissione dell'ATI ricorrente alla gara di cui trattasi.

Se le parti non dovessero giungere ad un accordo sulla determinazione del risarcimento, si provvederà in sede di ottemperanza alla determinazione della somma dovuta, ai sensi dell'articolo 27, c. 1, n. 4, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054.

Sulle somme comunque liquidate a titolo di risarcimento del danno per equivalente vanno poi riconosciuti, in favore dell'ATI ricorrente, gli interessi al tasso legale dal giorno del dovuto - da identificarsi nella data di pubblicazione della presente

sentenza - fino all'effettivo pagamento, mentre non spetta il maggior danno da svalutazione monetaria, non provato.

3. Le spese del giudizio, nei confronti delle parti costituite, seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

Spese irripetibili nei confronti di BETA. Auto s.r.l., non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia – Sede di Palermo, Sezione terza, definitivamente pronunciando, sul ricorso proposto, come in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Dispone che il danno subito dalla Società ricorrente sia liquidato dall'Amministrazione soccombente a norma dei criteri stabiliti in motivazione.

Condanna il Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro tempore, al pagamento delle spese processuali e degli onorari di causa che liquida in favore della ALFA S.p.A., in persona dell'amministratore unico legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. costituenda con la ditta ALFA DUE MARIA S.r.l., in complessivi € 1500,00 (Euro millecinquecento/00), oltre I.V.A. e C.P.A., come per legge, ed oltre alla rifusione del contributo unificato.

Dichiara irripetibili le spese nei confronti di BETA. Auto s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Maria Cappellano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/10/2009

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

IL SEGRETARIO