

la polizza fideiussoria costituente la cauzione provvisoria, la cui finalità istituzionale è quella di garantire la stazione appaltante dal rischio della mancata sottoscrizione del contratto di appalto per fatto dell'aggiudicatario, possa legittimamente essere sottoscritta soltanto dall'impresa capogruppo ed intestata genericamente all'Associazione Temporanea di Imprese

è soltanto la condotta omissiva della capogruppo che può attivare la polizza fideiussoria da lei presentata per l'intero ammontare della garanzia e, pertanto, la polizza rilasciata a favore dell'A.T.I. ed intestata all'impresa mandataria appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte della capogruppo, incamerare per intero la cauzione

Il Tar Puglia, Sezione di Lecce, con la sentenza numero 79 dell' 11 gennaio 2005 ci offre alcuni importanti insegnamenti in tema di cauzione provvisoria richiesta in un appalto di servizi

Vediamo quali sono le osservazioni utili contenute nell'emarginata decisione:

- √ nella fattispecie concreta oggetto del presente giudizio, si verte in tema di appalto di servizi (per cui non è direttamente applicabile l'art. 108 del D.P.R. 21 Dicembre 1999 n° 554 – in tema di lavori pubblici;
- √ la polizza fideiussoria provvisoria può legittimamente essere sottoscritta soltanto dall'impresa capogruppo ed intestata genericamente all'Associazione Temporanea di Imprese
- √ il negozio concluso dal "falsus procurator" o da chi abbia superato i limiti delle facoltà conferitegli dal "dominus" non è nullo, ma privo di efficacia (salvo ratifica), e tale inefficacia non è rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione di parte, a sollevare la quale è legittimato solo lo pseudo rappresentato, e non già terzi soggetti

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia-Sezione di Lecce

Prima Sezione

ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n° 1537/2004 presentato dalla Società Cooperativa a r.l. ****, in persona del legale rappresentante Sig. Nunzio Giuseppe ****, in proprio e in qualità di capogruppo dell'A.T.I. costituenda con le ditte Cooperativa *** a r.l., Cooperativa **** a r.l. e Cooperativa **** a r.l., rappresentata e difesa dagli Avvocati Piero G. Relleva e Gianluca Prete ed elettivamente domiciliata in Lecce, Via Zanardelli n° 7, presso lo Studio dell'Avv. Angelo Vantaggiato,

contro

il Ministero della Difesa, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato;

e nei confronti

- della Cooperativa della ****a r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e nella qualità di impresa copogruppo della costituenda A.T.I., - controinteressata e ricorrente incidentale -, rappresentata e difesa dagli Avvocati Vittorio Russi e Valeria Pellegrino;

- della S.r.l. ****, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e nella qualità di impresa capogruppo della costituenda A.T.I. "****", - controinteressata -, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

dei verbali di gara per l'aggiudicazione del servizio di manovalanza occasionale ed urgente presso enti/reparti dell'Amministrazione della Difesa, con utilizzo di attrezzature tecniche;
del provvedimento di aggiudicazione della gara e del relativo contratto di appalto;
di tutti gli atti presupposti, collegati, connessi e consequenziali, ivi compresi, ove occorra, il bando di gara, il capitolato tecnico d'appalto e la lettera di invito n° 5/1/59264 del 18 Marzo 2004.
Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti i motivi aggiunti notificati in data 2 Settembre 2004;

Visti i motivi aggiunti notificati in data 23 Settembre 2004;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Cooperativa della **** a r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto in data 22 Settembre 2004;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato alla pubblica udienza del 15 Dicembre 2004 il Relatore Cons. Dr. Enrico d'Arpe; e uditi, altresì, l'Avv. Piero G. Rella per la Società cooperativa ricorrente, l'Avvocato dello Stato Giovanni Pedone per l'Amministrazione resistente e l'Avv. Valeria Pellegrino per la Cooperativa controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La Società ricorrente espone:

che la Direzione Generale del Commissariato e dei Servizi Generali della Marina Militare di Roma, con lettera raccomandata del 18 Marzo 2004, l'ha invitata alla licitazione privata in ambito nazionale a mezzo offerte segrete su prezzo base palese, per i lotti nn° 7 e 8 di cui all'Allegato "1" della lettera di invito;

che l'aggiudicazione del servizio sarebbe dovuta avvenire al soggetto che avesse presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'Amministrazione appaltante, in riferimento al prezzo base palese prefissato da quest'ultima;

che, in data 17 Giugno 2004, la stazione appaltante ha effettuato l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche;

che, per quanto concerne il lotto n° 7, l'aggiudicazione (causa l'identità delle offerte economiche) è avvenuta tramite sorteggio al quale sono state sottoposte tutte le otto concorrenti (che avevano presentato la medesima offerta) e, tra queste, l'A.T.I. "****" facente capo alla ***** S.r.l., l'A.T.I. Cooperativa **** S.c.r.l. e l'A.T.I. Cooperativa della **** a r.l.;

che il sorteggio ha premiato l'A.T.I. Cooperativa della **** a r.l. che, quindi, è risultata aggiudicataria del servizio appaltato dall'ente militare de quo;

che l'A.T.I. "****" (a dire della ricorrente) non avrebbe dovuto essere ammessa alle operazioni di sorteggio, in quanto la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto previamente escluderla dalla gara di appalto per la mancata presentazione di regolare fideiussione a copertura della cauzione provvisoria;

La Società ricorrente, ritenendo illegittimi i provvedimenti indicati in epigrafe, li ha impugnati dinanzi all'intestato Tribunale formulando il seguente articolato motivo di gravame.

1) Violazione di legge – Violazione per falsa applicazione dell'art. 108 del D.P.R. 21 Dicembre 1999 n° 554: assumendo che l'A.T.I. "****" doveva essere esclusa dalla gara de qua in quanto, da un lato, in forza della normativa richiamata in rubrica, la polizza fideiussoria (costituente la cauzione provvisoria) da essa presentata (intestata solo all'A.T.I. costituenda ed alla società mandataria, e non anche alle altre imprese partecipanti) non avrebbe potuto essere sottoscritta soltanto dall'impresa capogruppo De.Tra. Sud S.r.l. e, dall'altro, la polizza stessa era priva della clausola di rinuncia alla preventiva escussione del debitore principale e di altre clausole prescritte (a pena di esclusione) dalla lettera di invito.

Con atto notificato alle controparti in data 2 Settembre 2004, la ricorrente ha proposto il seguente motivo aggiunto.

A) Violazione di legge – nullità della polizza fideiussoria rilasciata dalla **** Assicurazioni all'A.T.I. "****": sostenendo che la firma del funzionario in calce alla polizza indicata in rubrica non è stata autenticata, in violazione di quanto prescritto dall'art. 3 della lettera di invito.

Con atto notificato alle controparti in data 23 Settembre 2004, la ricorrente ha formulato il seguente ulteriore motivo aggiunto.

B) Violazione di legge – nullità della polizza fideiussoria rilasciata dalla **** Assicurazioni all'A.T.I. "****": sostenendo la nullità della medesima polizza fideiussoria (prestata per l'importo garantito di € 88.900,00) per carenza di adeguato potere in capo all'agente locale sottoscrittore della stessa.

Si sono costituiti in giudizio il Ministero della Difesa e la controinteressata Cooperativa della **** a r.l., depositando articolate memorie difensive con le quali hanno, puntualmente e diffusamente, replicato alle argomentazioni della controparte, concludendo per la declaratoria di inammissibilità ed, in ogni caso, per la reiezione del ricorso principale.

La controinteressata aggiudicataria ha, altresì, proposto, in data 22 Settembre 2004, ricorso incidentale impugnando gli atti della procedura posti in essere dalla stazione appaltante nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara in questione dell'A.T.I. facente capo alla Società ricorrente in via principale (per l'allegata irregolarità della posizione tributaria di due delle imprese in essa raggruppate), formulando motivi a sostegno del gravame incidentale.

La ricorrente principale ha presentato, in via incidentale, istanza di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, che è stata abbinata al merito nella Camera di Consiglio del 29 Settembre 2004.

Alla pubblica udienza del 15 Dicembre 2004, dopo ampia discussione orale e su richiesta di parte, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Come illustrato in narrativa, la Società ricorrente (in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I.) impugna i verbali della gara (licitazione privata) indetta dall'Amministrazione della Difesa (Marina Militare) per l'aggiudicazione del servizio di manovalanza occasione ed urgente con utilizzo di attrezzature tecniche presso enti/reparti dell'Amministrazione della Difesa, limitatamente al lotto n° 7 (Taranto), nonché il provvedimento di aggiudicazione della gara all'A.T.I. controinteressata Cooperativa della **** a r.l..

In via del tutto preliminare, vanno disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso principale sollevate dalle parti resistenti.

E' agevole replicare in proposito, da un lato, che sussiste in capo alla ricorrente principale l'interesse all'impugnazione, giustificato dall'interesse strumentale della stessa a partecipare all'invocato rinnovo (in presenza dell'allegato vizio di legittimità inficiante la procedura) della fase terminale della gara in questione (sorteggio), perchè dalla rinnovazione della predetta fase del procedimento selettivo contemplata dall'art. 77 del R.D. n° 827/1924 (sorteggio) deriva – con ogni evidenza – una nuova chance di aggiudicazione, condizione necessaria e sufficiente per sostanziare l'interesse al ricorso (T.A.R. Sicilia, Catania, I Sezione, 13 Maggio 2004 n° 1318), e, dall'altro, che – alla stregua dell'insegnamento giurisprudenziale prevalente e condivisibile – nell'ipotesi di riunione temporanea di imprese la notificazione del ricorso giurisdizionale è correttamente eseguita nei confronti della sola impresa capogruppo, cui è conferita la rappresentanza processuale esclusiva dell'A.T.I. (ex multis: Consiglio di Stato, VI Sezione, 5 Febbraio 1987 n° 24).

Detto ciò, deve essere data priorità logica all'esame del ricorso incidentale proposto dalla Cooperativa controinteressata, in quanto il suo eventuale accoglimento determinerebbe l'improcedibilità del ricorso principale riverberandosi sulla natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio e sulla stessa persistenza dell'interesse a ricorrere, facendo in tal modo venire meno le condizioni soggettive dell'azione principale: infatti, l'esclusione degraderebbe l'interesse a contrastare i risultati della gara dedotta dalla parte ricorrente in via principale da interesse legittimo ad interesse di mero fatto, indifferenziato rispetto a quello della generalità dei consociati e, pertanto, non tutelabile in sede giurisdizionale (ex plurimis: T.A.R. Lombardia Milano, III Sezione, 13 Aprile 2004 n° 1453).

Il Collegio ritiene infondato il ricorso incidentale interposto dalla aggiudicataria controinteressata, non risultando asseverata da idonea documentazione probatoria la tesi secondo cui l'A.T.I. ricorrente principale doveva essere esclusa dalla gara (in forza dell'art. 12 del Decreto Legislativo n° 157/1995 e delle conformi previsioni della lex specialis della procedura concorsuale in questione) per la dedotta irregolarità della posizione di due delle imprese in essa raggruppate (Cooperativa Libertas a r.l. e Cooperativa Aulonia a r.l.) circa l'adempimento degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse.

Infatti, la documentazione esibita in proposito dalla ricorrente incidentale (esiti di interrogazioni telematiche sui "dati riscossione" presso l'Anagrafe Tributaria), indipendentemente da ogni questione sulla ritualità della sua acquisizione, appare del tutto informale, risultando priva di qualsiasi sottoscrizione o autentica proveniente da un pubblico funzionario dell'Amministrazione Finanziaria, e quindi inadeguata a dimostrare le allegate irregolarità fiscali, né appare necessario (per ovvie ragioni di economia processuale) risolvere delicate problematiche circa il carattere confessorio o meno del c.d. condono fiscale 2004 (cui ha aderito la Cooperativa Aulonia a r.l.) o far luogo agli incumbenti istruttori

richiesti dalla ricorrente incidentale (in sede di memoria difensiva finale) posto che il ricorso principale è infondato.

Nel merito, il ricorso principale è infondato e va respinto.

La prima censura è priva di pregio giuridico.

Premesso che, nella fattispecie concreta oggetto del presente giudizio, si verte in tema di appalto di servizi (per cui non è direttamente applicabile l'art. 108 del D.P.R. 21 Dicembre 1999 n° 554 – in tema di lavori pubblici – richiamato dalla Società ricorrente), il Tribunale ritiene che la polizza fideiussoria costituente la cauzione provvisoria, la cui finalità istituzionale è quella di garantire la stazione appaltante dal rischio della mancata sottoscrizione del contratto di appalto per fatto dell'aggiudicatario, possa legittimamente essere sottoscritta soltanto dall'impresa capogruppo ed intestata genericamente all'Associazione Temporanea di Imprese (senza necessità di specifica intestazione in capo a tutte le singole imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo).

Infatti, non può essere trascurato il fatto che – come detto – la cauzione provvisoria copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, cioè garantisce la stazione appaltante dai rischi derivanti da un comportamento che, sia nel caso di associazione temporanea già costituita che di associazione costituenda (allorquando le imprese si siano già impegnate, nell'eventualità dell'aggiudicazione, a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse), incombe per legge unicamente sull'impresa mandataria alla quale, appunto, è riservato il compito di sottoscrivere il contratto di appalto, giacchè questa (nella specie, ai sensi del combinato disposto degli artt. 11 Decreto Legislativo 17 Marzo 1995 n° 157 e 10 Decreto Legislativo 24 Luglio 1992 n° 358) ha la rappresentanza esclusiva delle imprese mandanti nei confronti dell'amministrazione appaltante (Consiglio di Stato, V Sezione, 17 Marzo 2003 n° 1384).

Quindi, è soltanto la condotta omissiva della capogruppo che può attivare la polizza fideiussoria da lei presentata per l'intero ammontare della garanzia e, pertanto, la polizza rilasciata a favore dell'A.T.I. ed intestata all'impresa mandataria appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte della capogruppo, incamerare per intero la cauzione (Consiglio di Stato, V Sezione, 17 Maro 2003 n° 1384).

Né, d'altra parte, nella particolare vicenda in questione, il bando di gara o la lettera di invito (*lex specialis*) stabilivano testualmente che la polizza fideiussoria doveva essere intestata anche alle singole imprese mandanti o che il contratto di appalto dovesse essere sottoscritto da tutte le imprese raggruppate nell'A.T.I. aggiudicataria, ovvero che tutti (indistintamente) i documenti di gara (ivi compresa la cauzione provvisoria) fossero sottoscritti da parte di ciascuna delle imprese raggruppate.

Il secondo motivo di ricorso ed il primo dei motivi aggiunti sono stati fatti oggetto di espressa rinuncia da parte della difesa della Società ricorrente in sede di memoria difensiva finale.

Il secondo motivo aggiunto – con cui si assume la nullità della polizza fideiussoria di che trattasi per l'allegata carenza di adeguati poteri rappresentativi in capo all'agente locale che l'ha sottoscritta (poteri fino ad € 51.645,69, mentre la polizza è stata stipulata per la maggiore somma di € 88.900,00) – è palesemente infondato, in quanto – notoriamente – il negozio concluso dal “*falsus procurator*” o da chi abbia superato i limiti delle facoltà conferitegli dal “*dominus*” non è nullo, ma privo di efficacia (salvo ratifica), e tale inefficacia non è rilevabile d'ufficio, ma solo su eccezione di parte, a sollevare la quale è legittimato solo lo pseudo rappresentato, e non già terzi soggetti (Cassazione Civile, III Sezione, 26 Febbraio 2004 n° 3872).

Infine, la differente censura formulata dalla ricorrente nella memoria difensiva depositata il 25 Novembre 2004, con la quale (per la prima volta) ci si duole del fatto che l'autorizzazione (della Compagnia assicurativa al suo agente locale) – di cui dunque si ammette l'esistenza – a rilasciare la polizza fideiussoria per € 88.900,00 sia stata tardivamente comunicata alla stazione appaltante, in dedotta violazione dell'art. 6 lettera a) del bando (rectius: lettera di invito), è manifestamente inammissibile perché contenuta in un atto non ritualmente notificato alle controparti (tant'è che il difensore della ricorrente principale vi ha rinunciato, con apposita dichiarazione a verbale, in occasione dell'udienza di discussione della causa).

Per le ragioni sopra illustrate il ricorso principale deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Prima Sezione di Lecce – respinge il ricorso indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Autorità Amministrativa.

Così deciso in Lecce nella Camera di Consiglio del 15 Dicembre 2004.

Aldo Ravalli - Presidente

Enrico d'Arpe - Consigliere Relatore-Estensore

Pubblicata mediante deposito

in Segreteria il 11/01/2005