

TAR Friuli Venezia Giulia sent. n. 252/2008: ati costituenda, polizze fideiussorie e cauzione provvisoria

Autore: sentenza

In: Magistratura amministrativa

N. 00252/2008 REG.SEN.

N. 00289/2007 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 289 del 2007, proposto da:

***. Srl, *** Spa, rappresentate e difese dagli avv. Nicola Creuso, Stefania Lago, Antonio Pollino, con domicilio eletto presso Antonio Pollino Avv. in Trieste, via Coroneo 5;

contro

Azienda Ospedaliera "****" di ***, rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Fontana, Giulia Milo, con domicilio eletto presso Giulia Milo Avv. in Trieste, via Mercato Vecchio 3;

nei confronti di

*** *** Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Napolitano, Giuseppe Sbisà', con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisà' Avv. in Trieste, via S.Francesco 11; Impresa *** Piero Srl, *** Srl;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

-della nota prot. n. 11478/T dd. 10.5.2007;

-del provvedimento di esclusione assunto dal seggio di gara e del relativo verbale;

-del provvedimento di approvazione dei verbali di gara, nonché di aggiudicazione definitiva dei suddetti lavori al raggruppamento temporaneo tra l'impresa *** ** spa di Padova, l'impresa *** Pietro srl di *** e la *** srl di Monfalcone, assunto con determinazione n. 581 dd. 21.6.2007, e della nota di comunicazione in pari data prot. n. 15481;

-del bando di gara e del relativo disciplinare di gara;..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera "****" di ***;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di *** ** Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19/03/2008 il dott. Vincenzo Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, rubricato al n. 289/07 la società ***. s.r.l. ha chiesto l'annullamento:

- dell'esclusione dalla gara per la realizzazione del 1°lotto opere propedeutiche alla edificazione del nuovo edificio "****" e per la realizzazione del parcheggio interrato dell'Ospedale di ***;

- del verbale di gara nella parte relativa all'esclusione dalla gara;
- della determinazione n. 581 del 21/6/2007 di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva dei lavori predetti e della comunicazione di pari data, prot. n. 15481;
- del bando di gara e del relativo disciplinare in parte qua.

La ricorrente esordisce ricordando che con bando pubblicato di data 12 marzo 2007 l'Azienda Ospedaliera "****" di *** ha avviato una procedura aperta per la realizzazione del 1°lotto delle opere propedeutiche alla edificazione del nuovo edificio "****" e per la realizzazione del parcheggio interrato dell'Ospedale di ***.

Il disciplinare di gara, all'art. 2 - Modalità di partecipazione alla gara, Busta "A documentazione", lettera d), richiedeva da parte dei concorrenti la produzione del "documento, in originale o copia autentica, comprovante l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria di euro 99.317,75, con validità di almeno 180 giorni dalla data fissata per la presentazione dell'offerta (art. 30, comma 3, della L.R. n. 14/2002 e s.m.i.), da prestare esclusivamente mediante fideiussione bancaria oppure polizza assicurativa, oppure cauzione rilasciata da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. 385/1993, come prescritto dall'art. 30, comma 1, della L.R. n. 14/2002 e s.m.i., i quali siano, altresì, in possesso della autorizzazione emessa dal Ministero dell'Economia e delle Finanze di cui al D.P.R. 115/2004. Al fine di consentire la verifica di quest'ultimo requisito dovrà essere allegata copia di tale autorizzazione ministeriale".

Il bando stabiliva, poi, che: "Nel caso di A.T.I./ consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), del D.Lgs. 163/2006/G.E.I.E. già costituiti, la cauzione deve essere presentata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutte le imprese raggruppate o consorziate; per A.T.I./consorzi di cui all'art. 34, comma 1, lett. e), del D.Lgs. 163/2006/G.E.I.E. da costituire, la stessa dev'essere intestata a nome di tutte le imprese che intendono raggrupparsi".

Nella prima seduta pubblica del 19 aprile 2007 il Presidente di gara rilevava che il raggruppamento delle ricorrenti "ha presentato polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria n. 55238107 emessa in data 11/4/2007 dalla Liguria Assicurazioni s.p.a. intestata solo alla S.l.E.L.V. s.r.l., mentre nel disciplinare di gara era imposto che la cauzione fosse intestata a nome di tutte le imprese che intendono raggrupparsi.

E' presente nello spazio descrizione dell'opera della polizza un generico riferimento alla partecipazione al suddetto costituendo raggruppamento temporaneo. Si ritiene di formulare una richiesta di parere legale all' Ufficio Affari Generali e Legali dell'Azienda in merito alla carenza emersa e alla conseguente ammissibilità o meno dell'offerta".

Nella seduta pubblica del 9 maggio 2007 (la quarta seduta pubblica) il Presidente di gara, in base all'esame della documentazione presentata dalle ditte partecipanti e delle verifiche successivamente effettuate e tenuto conto del parere legale dell'Ufficio Affari Generali e Legali del 4.5.2007 (pag. 3),

disponeva l'esclusione del raggruppamento temporaneo delle ricorrenti "in quanto ha presentato polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria n. 55238107 emessa in data 11/4/2007 dalla Liguria Assicurazioni s.p.a. intestata solo alla S.l.E.L.V. s.r.l., mentre nel disciplinare di gara era imposto che la cauzione fosse intestata a nome di tutte le imprese che intendono raggrupparsi. E' presente nella parte descrizione opera della polizza un generico riferimento alla partecipazione al suddetto costituendo raggruppamento temporaneo, che non può configurarsi come estensione dell'intestazione alla mandante, relativamente alla quale si configura pertanto una carenza di garanzia per la stazione appaltante. Inoltre la mancanza, incompletezza o irregolarità sostanziale di uno o più documenti da inserire nella busta "A documentazione" rientra tra le cause di esclusione espressamente previste dall'art. 4 del disciplinare di gara".

Con nota del 10 maggio 2007, prot. n. 11478/T il Responsabile della S.C. Servizio Tecnico dell'Azienda Ospedaliera comunicava alle ricorrenti la esclusione dalla gara.

Con determinazione n. 581 del 21 giugno 2007 l'Azienda Ospedaliera

aggiudicava i lavori al raggruppamento di imprese tra le società *** ** s.p.a., *** Pietro s.r.l. e *** s.r.l., per il complessivo importo di € 4.345.144,65.

A sostegno del gravame le ricorrenti hanno dedotto un unico mezzo, variamente articolato.

Si sono costituite in giudizio l'intimata Azienda Ospedaliera "****" di *** e la società *** ** s.p.a. in proprio e nella qualità di mandataria della ATI costituita con le imprese *** Pietro s.r.l. e *** s.r.l., chiedendo il rigetto del gravame.

La società *** ** s.p.a. in proprio e nella qualità di mandataria della ATI costituita con le imprese *** Pietro s.r.l. e *** s.r.l. ha proposto anche un ricorso incidentale, deducendo un unico mezzo, variamente articolato.

Il ricorso principale e quello incidentale sono stati introitati dal Collegio e sono passati in decisione nella pubblica udienza del 19.3. 2008.

In rito, la accertata infondatezza del gravame, qui di seguito dimostrata, esime il Collegio dal prendere in esame la eccezione di carenza di interesse sollevata dalle resistenti.

La tesi attorea ruota intorno alla considerazione essenziale che la polizza presentata dal raggruppamento ricorrente sia conforme a quanto stabilito dalla lex specialis di gara (correttamente interpretata, pena la sua illegittimità, in parte qua) e che, quindi, l'esclusione sia illegittima: la conformità deriverebbe dal fatto che, in realtà, come risulta dal testo della stessa polizza, e in particolare dal frontespizio, il contraente non sarebbe stata solo la mandataria società *** s.r.l., ma anche la mandante *** s.p.a.

Osserva il Collegio, preliminarmente, che questo Tribunale, con ordinanza n. 92 dell'11.7.2007 ha respinto la istanza cautelare proposta dalle attuali ricorrenti.

Con ordinanza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, in data 11.9.2007, è stato respinto l'appello proposto avverso il provvedimento cautelare dell'11.7.2007 sulla base della seguente motivazione: "Considerato che la polizza fideiussoria, depositata in atti, reca l'espresso impegno del garante a far fronte alle obbligazioni del contraente soc. SIELV srl, capogruppo della costituenda ATI ma non anche della società mandante *** spa".

Il 6.3.2008 è stato, poi, depositato nel presente giudizio (dopo che era stato depositato nel procedimento di appello avverso l'ordinanza cautelare) l'atto, datato 25 luglio 2007, prot. n. 18850, sottoscritto da parte del sig. Antonio Ganz, nato a Falcade (BL) il 10 aprile 1949, Agente dell'Agenzia di Treviso, Via Pennacchi n. 1, agenzia generale della Liguria Società di Assicurazioni Spa con sede in Segrate (MI), in cui dichiara che: «la polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria n. 55238107 emessa in data 11/04/2007 da Liguria Assicurazioni Spa deve intendersi prestata per l'ATI ***. SRL (capogruppo) e *** SPA (mandante), come indicato nello spazio "descrizione opera"».

Il Collegio osserva che in caso di costituendi raggruppamenti temporanei di imprese, la fideiussione a garanzia dell'offerta, un tempo prescritta dall'art. 30 della legge n. 109/1994 ed ora dall'art. 75, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006 e nell'ordinamento del Friuli Venezia Giulia dall'art. 30, comma 1 della legge regionale n. 14/2002 e s.m.i., deve coprire il rischio relativo ad irregolarità commesse nella fase che precede la stipulazione del contratto non solo dall'impresa indicata come capogruppo ma anche dalle imprese mandanti: il difetto di garanzia di queste ultime determina l'esclusione dalla gara anche in assenza di un'espressa previsione di esclusione, atteso che la prestazione di idonea cauzione provvisoria è da considerarsi adempimento essenziale.

Nel caso di specie, poi, esisteva questa previsione (art. 4, n. 4, del disciplinare), che è stata del tutto legittimamente, anzi doverosamente, azionata dal Seggio di gara, in quanto nella polizza a fideiussoria in argomento solo la ***. s.r.l. è espressamente indicata come contraente-obbligato principale e non anche la *** spa (indicata solo nella parte "Descrizione opera").

La sola società ***. s.r.l., in effetti, ha sottoscritto la polizza ed era garantita, come attestato dalle seguenti espressioni contenute nello Schema Tipo 1.1 della medesima polizza: "il Garante si impegna al pagamento delle somme dovute dal Contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara" (art. 1) e "il garante pagherà l'importo dovuto dal Contraente.." (art. 4).

Non solo.

Sulla base di un apposito schema - tipo approvato dal D.M. Attività Produttive n. 123 del 12.3.2004, ai sensi del D.Lgs. n. 163 del 12.4.2006, il Contraente è l'obbligato principale che stipula con il Garante la garanzia fideiussoria e la fideiussione è la garanzia fideiussoria con cui il Garante si obbliga

personalmente con il committente garantendo l'adempimento di un'obbligazione del contraente (punto 2 del decreto): da ciò si desume che la società Liguria assicurazioni S.p.a. si è impegnata a garantire con polizza fideiussoria non qualunque soggetto che compaia nel contratto, ma solo quello che è trascritto nell'apposita casella "Contraente", in cui figura solo la capogruppo ***, s.r.l. e non la mandante *** S.p.a.

E' d'uopo sottolineare che l'art. 1 comma 3 del citato D.M. Attività Produttive 123/2004 stabilisce che: «I contratti fideiussori ed assicurativi devono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1 ».

D'altra parte, la necessità dell'intestazione della polizza fideiussoria anche alle imprese mandanti deriva dall'esigenza di coprire i rischi relativi ai casi in cui l'inadempimento sia riconducibile a queste ultime e, pertanto, dall'esigenza di evitare che la stazione appaltante si trovi priva di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) sia addebitabile ad una o più imprese mandanti.

Inutile dire, infine, della inconferenza dell'atto, datato 25 luglio 2007, prot. n. 18850, sottoscritto da parte del sig. Antonio Ganz, agente della Liguria Società di Assicurazioni Spa, in cui dichiara che: «la polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria n. 55238107 emessa in data 11/04/2007 da Liguria Assicurazioni Spa deve intendersi prestata per l'ATI ***, SRL (capogruppo) e *** SPA (mandante), come indicato nello spazio "descrizione opera"».

L'atto in parola - di cui si era già fatto sopra cenno - è stato inoltrato all' Azienda Ospedaliera "****" di *** in data 3 agosto 2007 e depositato presso il Consiglio di Stato in data 27 luglio 2007, ossia in due momenti successivi a quello della adozione dei provvedimenti impugnati, nonché del ricorso in primo grado e di quello cautelare in appello: di qui la sua assoluta inconferenza, trattandosi di inammissibile integrazione documentale, per giunta non prodotta in sede di gara ma in sede giudiziale e che, comunque, è insuscettibile di convalidare un atto non conforme al bando.

Sotto quest'ultimo profilo va ulteriormente osservato che la società assicuratrice afferma nell'atto in parola che la cauzione "deve intendersi prestata per l'ATI ***, SRL (capogruppo) e *** SPA (mandante)": ciò comprova la circostanza che senza tale precisazione la polizza fideiussoria era da intendersi prestata per la sola capogruppo.

In conclusione, alla stregua delle suesposte considerazioni, il ricorso principale va respinto; conseguentemente, il ricorso incidentale proposto dalla società *** ***, s.p.a. va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Le spese del giudizio principale e di quello incidentale possono venire compensate, sussistendone le giuste ragioni.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, lo

rigetta.

Dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dalla società *** ** s.p.a.

Spese compensate.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 19/03/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Vincenzo Farina, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/04/2008

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/tar-friuli-venezia-giulia-sent-n-2522008-ati-costituenda-polizze-fideiussorie-e-cauzion-e-provvisoria/>