

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 11/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28928-la-cauzione-provvisoria-destinata-a-garantire-in-caso-di-raggruppamento-costituendo-non-solo-l-adempimento-degli-obblighi-derivanti-dalla-partecipazione-alla-gara-da-parte-dell-impresa-predetta-b>

Autore: Lazzini Sonia

**la cauzione provvisoria è destinata a garantire, in caso di raggruppamento costituendo, non solo l'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara da parte dell'impresa predetta, bensì l'adempimento degli stessi obblighi da parte di tu**

C.St. 29.12.2009 n. 8907

la cauzione provvisoria è destinata a garantire, in caso di raggruppamento costituendo, non solo l'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara da parte dell'impresa predetta, bensì l'adempimento degli stessi obblighi da parte di tutte le altre imprese, primo fra tutti quello di costituirsi in raggruppamento

Proprio la diversità della fattispecie in esame rispetto a quelle di cui alle citate pronunce n. 2951 del 2007 e n. 1470 del 2009 di questo Consiglio di Stato (sia in relazione alla specifica formulazione, sopra riportata, della disciplina di gara, sia all'articolazione della censura accolta dal primo giudice, prospettata in termini di contenuti della polizza fideiussoria, piuttosto che in quelli della sua formale intestazione), consente di ritenere corretta la statuizione del primo giudice in ordine alla illegittimità dell'ammissione del r.t.i. Ricorrente, dal momento che in alcuna parte della polizza di cui si controverte è indicato che i rischi garantiti riguardano il raggruppamento, né è menzionata la mandante, anzi la polizza stessa risulta rilasciata per la partecipazione alla gara di Ricorrente S.p.A. quale impresa singola.

Considerato:

- che con l'appellata sentenza, in accoglimento del ricorso di Controinteressata Orlando Autotrasporti (seconda classificata ed altra unica concorrente nella gara indetta da Controinteressata due S.p.A. per l'affidamento del servizio integrato di raccolta e trasporto rifiuti e gestione, lavaggio e sanificazione delle isole ecologiche e contenitori interrati del Comune di Bologna), è stata annullata l'aggiudicazione della gara in favore del r.t.i. Ricorrente S.p.A.-Ricorrente due S.p.A., condividendosi la censura secondo la quale l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per aver prodotto la polizza fideiussoria-cauzione provvisoria, intestata alla sola mandataria, in cui l'Ricorrente è l'unico soggetto garantito in mancanza di cenno alcuno al costituendo raggruppamento né alla mandataria, senza che rilevi la previsione della lex specialis di gara della possibilità di intestazione alla sola capogruppo, attesa comunque la carenza della polizza sul piano dei soggetti garantiti;
- che con la stessa sentenza è stato peraltro accolto anche il ricorso incidentale della Ricorrente, diretto a far valere l'esclusione della Controinteressata, nel rilievo che la polizza prodotta dalla stessa Controinteressata è, sotto altro aspetto, pur essa carente per la mancata previsione dell'espressa rinuncia del fideiussore all'eccezione di cui all'art. 1957, co. 2, cod. civ., nonché dell'impegno dello stesso a rilasciare garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione, essendo tali elementi prescritti a pena di esclusione dalla lettera d'invito e dall'art. 75 del codice dei contratti;
- che con il primo motivo dell'appello principale in esame l'Ricorrente sostiene l'erroneità della pronuncia di primo grado per aver ella prodotto la polizza fideiussoria nelle forme richieste dalla lettera d'invito, secondo cui "la cauzione provvisoria può essere intestata ... anche alla sola capogruppo"; di tale speciale previsione il TAR non avrebbe tenuto conto, né avrebbe considerato che la fattispecie per questo differisce da quella di cui al richiamato orientamento giurisprudenziale e, in particolare, alla decisione n. 8 del 2005 dell'Adunanza plenaria, quando invece per casi analoghi è stata ritenuta l'illegittimità dell'esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo d'impresе (Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2007 n. 2951 e sez. V, 12 marzo 2009 n. 1470); comunque, alla stregua del principio di derivazione comunitaria del legittimo affidamento del concorrente, nonché del principio di massima partecipazione, ella non poteva essere esclusa;
- che con il secondo motivo d'appello si contesta l'annullamento da parte del TAR dell'intera gara, stante l'applicabilità della regola di cui alla decisione n. 11 del 2008 dell'Adunanza plenaria solo quando risultino accoglibili sia il ricorso principale che quello incidentale, mentre nella specie il ricorso principale era infondato e, dunque, avrebbe dovuto essere semplicemente respinto.

Qual è il parere dell'adito giudice di appello del Consiglio di Stato?

Ritenuto, quanto al primo motivo dell'appello principale, che il medesimo è infondato. E' ben vero che, a proposito della cauzione provvisoria, la lettera d'invito ne richiede l'intestazione a tutte le imprese

facenti parti del “costituendo” raggruppamento “ovvero anche alla sola Capogruppo”. Tuttavia, ed a prescindere da ogni indagine sulla questione se la seconda parte della prescrizione sia valida per i soli raggruppamenti già costituiti (come sostiene l’appellato) o meno, è certo che la medesima prescrizione non comporta che sia sempre valida una cauzione intestata esclusivamente all’impresa che sia stata designata come mandataria. Si richiede, infatti, che la cauzione sia intestata quanto meno alla “capogruppo”. Non è dubbio, pertanto, che in tal modo l’impresa debba essere qualificata nella polizza fideiussoria, poiché tanto impone appunto la *lex specialis* di gara, in primo luogo sotto il profilo formale e letterale (sicché erroneamente l’appellante principale si basa sulla lettera della norma concorsuale e, nel contempo, erroneamente l’Amministrazione eccepisce sostanzialmente l’inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione della norma stessa, non disapplicabile dalla stazione appaltante). In secondo luogo, la diversa interpretazione non può ritenersi consentita neanche sotto il profilo sostanziale, essendo la cauzione destinata a garantire, in caso di raggruppamento costituendo, non solo l’adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara da parte dell’impresa predetta, bensì l’adempimento degli stessi obblighi da parte di tutte le altre imprese, primo fra tutti quello di costituirsi in raggruppamento. Proprio la diversità della fattispecie in esame rispetto a quelle di cui alle citate pronunce n. 2951 del 2007 e n. 1470 del 2009 di questo Consiglio di Stato (sia in relazione alla specifica formulazione, sopra riportata, della disciplina di gara, sia all’articolazione della censura accolta dal primo giudice, prospettata in termini di contenuti della polizza fideiussoria, piuttosto che in quelli della sua formale intestazione), consente di ritenere corretta la statuizione del primo giudice in ordine alla illegittimità dell’ammissione del r.t.i. Ricorrente, dal momento che in alcuna parte della polizza di cui si controverte è indicato che i rischi garantiti riguardano il raggruppamento, né è menzionata la mandante, anzi la polizza stessa risulta rilasciata per la partecipazione alla gara di Ricorrente S.p.A. quale impresa singola.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 8907 del 29 dicembre 2009, emessa dal Consiglio di Stato

**N. 08907/2009 REG.DEC.**  
**N. 05867/2009 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 5867 del 2009, proposto da:  
Ricorrente S.p.A., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria di r.t.i. con  
Ricorrente due S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Scuderi, con  
domicilio eletto presso l'avv. Andrea Scuderi in Roma, via Stoppani n.1;

***contro***

Controinteressata Orlando Autotrasporti, rappresentato e difeso dall'avv.  
Alessandro Cinti, con domicilio eletto presso Legalcomm s.n.c. in Roma, viale  
Ronchi n. 20;

***nei confronti di***

Controinteressata due S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Carullo, con  
domicilio eletto presso l'avv. l'avv. Adriano Giuffrè in Roma, via Camozzi n. 1;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA, sede di BOLOGNA, sezione  
prima, n. 00617/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO  
SERVIZIO RACCOLTA E TRASPORTI RIFIUTI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Controinteressata Orlando Autotrasporti  
e di Controinteressata due S.p.A.;

Visto l'appello incidentale di quest'ultima;

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

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2009 il Cons. Angelica  
Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Barreca, su delega dell'avv. Scuderi, Carullo  
e Cinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Considerato:

- che con l'appellata sentenza, in accoglimento del ricorso di Controinteressata Orlando Autotrasporti (seconda classificata ed altra unica concorrente nella gara indetta da Controinteressata due S.p.A. per l'affidamento del servizio integrato di raccolta e trasporto rifiuti e gestione, lavaggio e sanificazione delle isole ecologiche e contenitori interrati del Comune di Bologna), è stata annullata l'aggiudicazione della gara in favore del r.t.i. Ricorrente S.p.A.-Ricorrente due S.p.A., condividendosi la censura secondo la quale l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per aver prodotto la polizza fideiussoria-cauzione provvisoria, intestata alla sola mandataria, in cui l'Ricorrente è l'unico soggetto garantito in mancanza di cenno alcuno al costituendo raggruppamento né alla mandataria, senza che rilevi la previsione della lex specialis di gara della possibilità di intestazione alla sola capogruppo, attesa comunque la carenza della polizza sul piano dei soggetti garantiti;
- che con la stessa sentenza è stato peraltro accolto anche il ricorso incidentale della Ricorrente, diretto a far valere l'esclusione della Controinteressata, nel rilievo che la polizza prodotta dalla stessa Controinteressata è, sotto altro aspetto, pur essa carente per la mancata previsione dell'espressa rinuncia del fideiussore all'eccezione di cui all'art. 1957, co. 2, cod. civ., nonché dell'impegno dello stesso a rilasciare garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione, essendo tali elementi prescritti a pena di esclusione dalla lettera d'invito e dall'art. 75 del codice dei contratti;
- che con il primo motivo dell'appello principale in esame l'Ricorrente sostiene l'erroneità della pronunzia di primo grado per aver ella prodotto la polizza

fideiussoria nelle forme richieste dalla lettera d'invito, secondo cui "la cauzione provvisoria può essere intestata ... anche alla sola capogruppo"; di tale speciale previsione il TAR non avrebbe tenuto conto, né avrebbe considerato che la fattispecie per questo differisce da quella di cui al richiamato orientamento giurisprudenziale e, in particolare, alla decisione n. 8 del 2005 dell'Adunanza plenaria, quando invece per casi analoghi è stata ritenuta l'illegittimità dell'esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo d'impresе (Cons. St., sez. VI, 4 giugno 2007 n. 2951 e sez. V, 12 marzo 2009 n. 1470); comunque, alla stregua del principio di derivazione comunitaria del legittimo affidamento del concorrente, nonché del principio di massima partecipazione, ella non poteva essere esclusa;

- che con il secondo motivo d'appello si contesta l'annullamento da parte del TAR dell'intera gara, stante l'applicabilità della regola di cui alla decisione n. 11 del 2008 dell'Adunanza plenaria solo quando risultino accoglibili sia il ricorso principale che quello incidentale, mentre nella specie il ricorso principale era infondato e, dunque, avrebbe dovuto essere semplicemente respinto.

Ritenuto, quanto al primo motivo dell'appello principale, che il medesimo è infondato. E' ben vero che, a proposito della cauzione provvisoria, la lettera d'invito ne richiede l'intestazione a tutte le impresе facenti parti del "costituendo" raggruppamento "ovvero anche alla sola Capogruppo". Tuttavia, ed a prescindere da ogni indagine sulla questione se la seconda parte della prescrizione sia valida per i soli raggruppamenti già costituiti (come sostiene l'appellato) o meno, è certo che la medesima prescrizione non comporta che sia sempre valida una cauzione intestata esclusivamente all'impresa che sia stata designata come mandataria. Si richiede, infatti, che la cauzione sia intestata quanto meno alla "capogruppo". Non è dubbio, pertanto, che in tal modo l'impresa debba essere qualificata nella polizza fideiussoria, poiché tanto impone appunto la *lex specialis* di gara, in primo luogo

sotto il profilo formale e letterale (sicché erroneamente l'appellante principale si basa sulla lettera della norma concorsuale e, nel contempo, erroneamente l'Amministrazione eccepisce sostanzialmente l'inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione della norma stessa, non disapplicabile dalla stazione appaltante). In secondo luogo, la diversa interpretazione non può ritenersi consentita neanche sotto il profilo sostanziale, essendo la cauzione destinata a garantire, in caso di raggruppamento costituendo, non solo l'adempimento degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara da parte dell'impresa predetta, bensì l'adempimento degli stessi obblighi da parte di tutte le altre imprese, primo fra tutti quello di costituirsi in raggruppamento. Proprio la diversità della fattispecie in esame rispetto a quelle di cui alle citate pronunce n. 2951 del 2007 e n. 1470 del 2009 di questo Consiglio di Stato (sia in relazione alla specifica formulazione, sopra riportata, della disciplina di gara, sia all'articolazione della censura accolta dal primo giudice, prospettata in termini di contenuti della polizza fideiussoria, piuttosto che in quelli della sua formale intestazione), consente di ritenere corretta la statuizione del primo giudice in ordine alla illegittimità dell'ammissione del r.t.i. Ricorrente, dal momento che in alcuna parte della polizza di cui si controverte è indicato che i rischi garantiti riguardano il raggruppamento, né è menzionata la mandante, anzi la polizza stessa risulta rilasciata per la partecipazione alla gara di Ricorrente S.p.A. quale impresa singola.

Ritenuto, di conseguenza, infondato anche il seguente motivo dell'appello principale, essendosi rivelato fondato il ricorso principale di primo grado. Non senza dire che non si coglie l'interesse dell'appellante principale a contestare l'accoglimento del proprio ricorso incidentale di primo grado, né d'altra parte il mancato annullamento della lex di gara (annullamento, come accennato, non richiesto dalla Controinteressata) è di ostacolo alla reindizione della procedura, dal momento che, restando escluse entrambe le partecipanti e stante, perciò, l'esito

infruttuoso della precedente, la stazione appaltante dovrà necessariamente indire nuova gara.

Considerato altresì:

- che con atto inviato per la notifica in data 29 luglio 2009 la Controinteressata due S.p.A. ha proposto a sua volta appello incidentale avverso la sentenza che essa stessa indica come notificata il 26 maggio anteriore:

- che parte appellata eccepisce la tardività di tale appello incidentale, tanto se qualificabile improprio, quanto se consistente in incidentale proprio.

Ritenuto al riguardo:

- che si verte nella prima ipotesi, trattandosi di gravame di parte soccombente in primo grado dallo stesso versante dell'appellante principale, non condizionato dalle vicende dell'appello principale ed "incidentale" sol perché successivo al medesimo appello principale ed in questo incardinato, ben potendo essere proposto in via autonoma in quanto sorretto da interesse parimenti autonomo;

- che l'appello incidentale autonomo avente la medesima natura di quello principale deve seguirne il regime, ossia, in caso di controversia soggetta al rito speciale di cui all'art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, dev'essere proposto entro trenta giorni dalla notifica della sentenza appellata (ovvero, nell'ipotesi che qui non ricorre, nel termine di trenta giorni dalla notifica dell'appello principale, se anteriore alla notifica della sentenza);

- che, pertanto, il gravame della Controinteressata due S.p.A. dev'essere dichiarato irricevibile, in quanto notificato ben oltre il predetto termine di decadenza, da individuarsi nella data del 25 giugno 2009.

Ritenuto infine, quanto alle spese del grado, che nella suevidenziata peculiarità della lex specialis di gara possano ravvisarsi ragioni per disporre l'integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.



Respinge l'appello principale e dichiara irricevibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Cesare Lamberti, Presidente FF

Aldo Scola, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2009

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

Il Dirigente della Sezione