

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 25/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29167-la-legge-prevede-art-75-del-codice-dei-contratti-pertanto-due-distinte-formalit-a-garanzia-della-stazione-appaltante>

Autore: Lazzini Sonia

La legge prevede (art. 75 del codice dei contratti), pertanto, due distinte formalità a garanzia della stazione appaltante

Tar Lombardia, Milano, 18.02.2010 n. 417

La legge prevede (art. 75 del codice dei contratti) , pertanto, due distinte formalità a garanzia della stazione appaltante.

La prima, che è finalizzata a garantire l'impegno dell'aggiudicatario di sottoscrivere il contratto ed è automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del medesimo, può assumere la forma di una cauzione o di una fideiussione, a scelta dell'offerente; la seconda, che è destinata ad assicurare l'esecuzione del contratto, dovrà essere prestata "qualora l'offerente risultasse affidatario".

In via anticipata rispetto al momento della prestazione della garanzia definitiva , il concorrente deve però allegare all'offerta l'"impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria" per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 75, comma 8.

Al riguardo è sufficiente rilevare come, proprio ai sensi dell'art. 75, la fideiussione possa essere rilasciata non già da qualunque persona ma solamente da soggetti autorizzati aventi la qualifica di intermediari finanziari.

Infine, l'assunto di Controinteressata secondo cui la violazione dell'art. 75 co. 8 sarebbe imputabile unicamente all'istituto di credito non ha rilevanza in questa sede, fatta salva naturalmente la proposizione di eventuali azioni di responsabilità in sede civile nei confronti della banca.

L'accoglimento anche del ricorso incidentale, per l'illegittima ammissione della ricorrente principale, comporta infine la reiezione delle domande risarcitorie formulate da quest'ultima, non potendo vantare Ricorrente alcuna pretesa all'aggiudicazione di questa gara.

L'Amsa spa ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di trasporto su gomma di rifiuti solidi urbani e di rifiuti speciali non pericolosi, provenienti dalle attività di raccolta e trattamento svolte dalla società stessa.

La procedura, alla quale hanno partecipato due sole imprese, le odierne ricorrente e controinteressata, è stata aggiudicata in favore di Controinteressata società cooperativa.

Avverso tale atto, in uno con i verbali di gara, ha presentato ricorso il secondo concorrente deducendone l'illegittimità sulla base di una pluralità di articolati motivi che qui possono essere compendati in questi termini:

violazione della lettera di invito, laddove prescriveva di effettuare un sopralluogo, assumendo che Controinteressata non abbia adempiuto a tale incombenza e che per ciò stesso andasse esclusa dalla gara;

violazione di legge e della lex specialis in relazione alla presentazione, ad opera di Controinteressata, di giustificazione preventive sulle voci di prezzo valutate come incomplete ed insufficienti;

violazione della lettera di invito, laddove si ritiene che imponesse la presentazione della garanzia ex art. 75 d.lgs. 163/2006 solamente in forma di cauzione provvisoria e non anche in forma di fideiussione, avendo Controinteressata allegato all'offerta unicamente una fideiussione;

violazione dell'art. 75 co. 8 d.lgs. 163/2006 assumendo che l'offerta presentata da Controinteressata non recasse l'espresso impegno del fideiussore Intesa San Paolo a rilasciare, in caso di aggiudicazione, garanzia fideiussoria definitiva per l'esecuzione del contratto;

violazione dell'art. 107 d.p.r. 554/1999 e del D.M. 123/2004 in ordine ai requisiti formali della polizza fideiussoria.

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Venendo quindi all'esame del ricorso principale, anche sulla scorta di quanto evidenziato dal Consiglio di Stato nella citata ordinanza d'appello n. 3514/2009, si reputa di dovere scrutinare in primo luogo il motivo sopra indicato inerente la violazione dell'art. 75 co. 8 d.lgs. 163/2006.

5. Il motivo è fondato e merita accoglimento.

5.1. In premessa, sulla base della documentazione in atti (v. doc. 30 prodotto dalla ricorrente principale), è pacifico che nella garanzia presentata a corredo dell'offerta Intesa San Paolo, fideiussore di Controinteressata, non abbia assunto l'impegno formale di rilasciare la garanzia fideiussoria (anche) per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente fosse risultato affidatario del servizio.

5.2. Ciò posto, osserva il Collegio come l'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006, rubricato come "garanzie a corredo dell'offerta", dopo aver precisato che l'offerta deve essere corredata da una garanzia che può assumere la forma della cauzione o della fideiussione, a scelta dell'offerente (comma 1), stabilisce che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo (comma 6); stabilisce poi che "l'offerta è altresì corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

La legge prevede, pertanto, due distinte formalità a garanzia della stazione appaltante.

La prima, che è finalizzata a garantire l'impegno dell'aggiudicatario di sottoscrivere il contratto ed è automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del medesimo, può assumere la forma di una cauzione o di una fideiussione, a scelta dell'offerente; la seconda, che è destinata ad assicurare l'esecuzione del contratto, dovrà essere prestata "qualora l'offerente risultasse affidatario".

In via anticipata rispetto al momento della prestazione della garanzia definitiva, il concorrente deve però allegare all'offerta l'"impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria" per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 75, comma 8.

Si tratta di un obbligo il cui inadempimento è espressamente considerato dalla legge quale causa di esclusione.

5.3. Nel caso in esame, a fronte di tale inequivoco dato normativo ed al cospetto di una incontestata omissione, adottando lo stesso metro di giudizio con il quale si è valutata la violazione di Ricorrente al disposto di cui all'art. 37 co. 4, anche Controinteressata doveva quindi essere esclusa.

Né può rilevare la circostanza che, dopo l'aggiudicazione Intesa San Paolo abbia comunque prestato la garanzia per l'esecuzione del contratto, per la semplice ragione che, applicando correttamente l'art. 75 co. 8 alla fattispecie concreta, detta aggiudicazione non ci sarebbe stata.

Tanto meno può supplire a tale omissione il fatto, sottolineato dalla difesa della controinteressata, che il Presidente di Controinteressata avesse sottoscritto per accettazione il capitolato di gara nel quale si prevedeva l'obbligo per l'aggiudicatario di prestare cauzione definitiva, in questo modo costituendosi fideiussore, secondo l'assunto difensivo.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 417 del 18 febbraio 2010, emessa dal Tar Lombardia, Milano

N. 00417/2010 REG.SEN.

N. 00790/2009 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 790 del 2009, proposto da: Ricorrente Autotrasporti, anche in veste di mandataria dell'Ati costituita con Autotrasporti Mozzi G. e G. Snc e Autotrasporti Pensiero Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Graziano Lissandrin, con domicilio eletto presso Marco Branzoli in Milano, viale Regina Margherita 30 – ricorrente principale.

contro

Amsa Spa - Azienda Milanese Servizi Ambientali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Marco Mazzarelli, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano, via dell'Unione, 7 – resistente.

nei confronti di

Controinteressata Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Marco Locati, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano, via dei Pellegrini, 24 – controinteressata e ricorrente in via incidentale.

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento, comunicato alla ricorrente con nota dei 27/1/09, di aggiudicazione alla CONTROINTERESSATA Soc. Coop. della procedura ristretta promossa da AMSA spa n. 51/08 di cui al bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 15/10/08, datato 27/1/09; di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale e, in particolare, ma non solo, dei verbali datati 15/12/08, 19/12/08, 31/12/08, 12/1/09, 16/1/09 e 21/1/09 della

Commissione di gara, nella parte in cui non dispongono l'esclusione dell'offerta formulata dalla Controinteressata Soc. Coop;
nonché per la condanna di AMSA spa al risarcimento del danno, in forma specifica o in subordine per equivalente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Amsa Spa - Azienda Milanese Servizi Ambientali;

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale di Controinteressata Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza 22.4.2009 n. 507 di questo Tar;

Vista l'ordinanza 3.7.2009 n. 3514 del Consiglio di Stato;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 21/10/2009 il dott. Hadrian Simonetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'Amsa spa ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di trasporto su gomma di rifiuti solidi urbani e di rifiuti speciali non pericolosi, provenienti dalle attività di raccolta e trattamento svolte dalla società stessa.

La procedura, alla quale hanno partecipato due sole imprese, le odierne ricorrente e controinteressata, è stata aggiudicata in favore di Controinteressata società cooperativa.

Avverso tale atto, in uno con i verbali di gara, ha presentato ricorso il secondo concorrente deducendone l'illegittimità sulla base di una pluralità di articolati motivi che qui possono essere compendati in questi termini:

violazione della lettera di invito, laddove prescriveva di effettuare un sopralluogo, assumendo che Controinteressata non abbia adempiuto a tale incombenza e che per ciò stesso andasse esclusa dalla gara;

violazione di legge e della lex specialis in relazione alla presentazione, ad opera di Controinteressata, di giustificazione preventive sulle voci di prezzo valutate come incomplete ed insufficienti;

violazione della lettera di invito, laddove si ritiene che imponesse la presentazione della garanzia ex art. 75 d.lgs. 163/2006 solamente in forma di cauzione provvisoria e non anche in forma di fideiussione, avendo Controinteressata allegato all'offerta unicamente una fideiussione;

violazione del principio di continuità nel corso del sub procedimento di verifica dell'anomalia, con particolare riferimento alla seduta di gara del 15.12.2008 nonché alle proroghe accordate ad Controinteressata perché fornisse chiarimenti sull'offerta presentata;

violazione dell'art. 84 d.lgs. 163/2006 sulla composizione della Commissione di gara;

carenza di istruttoria e di motivazione in relazione alla verifica di anomalia, avuto particolare riguardo all'inadeguatezza delle giustificazioni rese da Controinteressata, in specie per quanto attiene ai costi del lavoro;

violazione dell'art. 75 co. 8 d.lgs. 163/2006 assumendo che l'offerta presentata da Controinteressata non recasse l'espresso impegno del fideiussore Intesa San Paolo a rilasciare, in caso di aggiudicazione, garanzia fideiussoria definitiva per l'esecuzione del contratto;

violazione dell'art. 107 d.p.r. 554/1999 e del D.M. 123/2004 in ordine ai requisiti formali della polizza fideiussoria.

Hanno resistito al ricorso Amsa ed Controinteressata, deducendone l'infondatezza sulla base di articolate memorie difensive.

Controinteressata ha presentato inoltre ricorso incidentale con il quale ha censurato la mancata esclusione dalla gara di Ricorrente sulla base di tre motivi:

violazione dell'art. 95 co. 2 del d.p.r. 554/1999 laddove impone che, in caso di ATI, i requisiti di partecipazione richiesti dal bando siano posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40%;

violazione dell'art. 37 co. 4 d.lgs. 163/2006, assumendo come parte ricorrente non abbia indicato, in sede di presentazione dell'offerta, le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli componenti del raggruppamento, limitandosi a dichiarare che il servizio sarà diviso equamente tra gli stessi;

violazione dell'art. 37 d.lgs. 163/2006 sul presupposto che l'offerta presentata dalla ricorrente non fosse corredata dall'assunzione di un esplicito impegno che, in caso di aggiudicazione, le singole imprese avrebbero conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di loro.

Nella camera di consiglio del 22.4.2009 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare della ricorrente principale, anche in considerazione del fatto che il servizio era già iniziato.

Proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, l'istanza cautelare è stata accolta "ai soli fini della fissazione anticipata del merito da parte del giudice di primo grado".

In vista della discussione nel merito tutte le parti costituite hanno depositato ulteriori memorie e, all'udienza pubblica del 21.10.2009 la causa è passata in decisione sulle conclusioni rassegnate in epigrafe.

DIRITTO

1. Osserva il Collegio in premessa come il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, in quanto preordinato all'esclusione di Ricorrente e quindi alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale (per carenza di interesse o per difetto di legittimazione, secondo l'orientamento riaffermato da Cons. St., V, n. 5275/2007), abbia efficacia paralizzante e debba quindi, per giurisprudenza prevalente, essere esaminato prioritariamente (v. Cons. St., V, n. 2380/2008; TAR Liguria, II, n. 1150/2008 e 1132/2008; Tar Lazio Latina, I, n. 499/2008).

La circostanza che alla procedura in contestazione abbiano partecipato due soli concorrenti non vale, a parere di questo Collegio, a modificare l'ordine logico di esame dei contrapposti gravami, dovendosi fare pur sempre applicazione del principio generale di cui all'art. 276 co. 2 c.p.c. (a mente del quale "il Collegio, sotto la direzione del Presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa"); quanto, piuttosto, impone al Collegio di esaminare, qualunque sia l'esito del ricorso incidentale, anche quello principale, secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 11/2009 del Consiglio di Stato.

2. Ciò posto, reputa il Collegio che il secondo motivo del ricorso incidentale di Controinteressata sia fondato e meriti accoglimento.

2.1. La dichiarazione corredata all'offerta presentata da Ricorrente – nella quale si legge testualmente che "il servizio in oggetto sarà diviso equamente tra le imprese costituenti l'ATI" - pecca infatti di genericità e, in quanto tale, non soddisfa quelle esigenze di certezza e di garanzia, per la stazione appaltante, che sono sottese alla previsione normativa di cui all'art. 37 co. 4 d.lgs. 163/2006 in forza del quale "nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati".

2.2. La ratio della disposizione in oggetto deve rinvenirsi, in particolare, nella tendenza ad escludere, sin dalla fase di celebrazione della gara e non solo nel suo momento esecutivo, partecipazioni fittizie o di comodo e, dunque, ad evitare che alla spendita dei requisiti di partecipazione non corrisponda un identico impegno in sede di esecuzione del servizio (cfr. Tar Campania, Napoli, VII, n. 5196/2009; Tar Lazio, Roma, III ter, n. 11006/2008; Tar Piemonte, II, n. 603/2008).

2.3. Reputa inoltre il Collegio che l'obbligo, di indicare le parti del servizio che saranno assunte da ciascun componente, debba applicarsi sia nelle ipotesi di associazioni verticali che di associazioni orizzontali (v. Tar Lazio, Roma, III ter, n. 11006/2008 citata), per la ragione essenziale che l'art. 37 co. 4 non distingue tra Ati verticale ed orizzontale e che non vale richiamare, in senso contrario, la regola della responsabilità solidale prevista per le sole Ati orizzontali.

L'indirizzo giurisprudenziale ricordato da parte ricorrente nella memoria conclusionale depositata il 6.10.2009 (v., altresì. Tar Calabria, Reggio Calabria, n. 113/2009), che enfatizza la regola della responsabilità solidale di tutti componenti dell'Ati orizzontale al fine di escludere la necessità di indicare quali parti del servizio saranno eseguite dagli stessi, se per un verso è indubbiamente rivelatore di un contrasto di opinioni e di orientamenti, per altro verso non è affatto consolidato, come è comprovato, ad esempio, dalla recente decisione del Consiglio di Stato, V, n. 5098/2009.

In detta pronuncia, cui si fa rinvio per ulteriori richiami giurisprudenziali conformi, oltre al dato letterale della norma (si trattava in quel caso dell'art. 11 co. 2 d.lgs. 157/1995, cui corrisponde oggi l'art. 37 co. 4 del Codice dei contratti) che appunto non distingue(va) tra Ati verticali ed Ati orizzontali, si è ribadito come "la ratio dell'obbligo di indicare (...), le parti di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, consiste nell'intento di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà il servizio non solo

per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, essendo individuato il responsabile della prestazione delle singole parti dell'appalto, ma anche, trattandosi di un regime di gara al quale non si applica il rigoroso sistema di qualificazione previsto per l'affidamento dei lavori pubblici, per effettuare la previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore sia in relazione alla documentazione di gara che in esito ad attività istruttorie del responsabile del procedimento, nonché di assolvere alla funzione di rendere, nei confronti dell'amministrazione, parziaria l'obbligazione del raggruppamento appaltante per le prestazioni che ciascuna delle imprese è tenuta a svolgere e non solidale, come l'obbligazione sarebbe in mancanza della specificazione”.

Si è inoltre osservato, sempre nella citata pronuncia n. 5098/2009, come sia presente “nella norma l'intento di evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento, non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione stabilite dal bando di gara e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico che il servizio è destinato a soddisfare e che non sempre è ristorabile mercè la garanzia patrimoniale derivante dalla responsabilità solidale delle imprese riunite”.

Con la conseguenza, secondo il giudice dell'appello, “che l'offerta contrattuale che provenga in questi termini più limitati da una associazione di più imprese è parziale, perché non è completa di tutti gli elementi essenziali (in quanto non è conosciuto il soggetto nei cui confronti vale direttamente l'obbligo di adempiere una parte della prestazione), ed è anche indistinta, perché non consente all'amministrazione aggiudicatrice di conoscere, prima di accettare l'offerta, tutti gli elementi di informazione necessari perché con l'accettazione il contratto sia regolarmente concluso, mancando la individuazione del soggetto che in concreto

espleterà il servizio e al quale dovranno far capo direttamente gli obblighi contrattuali”.

2.4. Orbene, questo Collegio reputa di condividere tale indirizzo giurisprudenziale, in ragione sia del dato letterale che della ratio sottesa alla disposizione e che più volte è stata ricordata.

Tanto più nella presente fattispecie ove la lettera di invito non si era limitata a richiamare semplicemente l'art. 37 d.lgs. 163/2006 ma, inequivocabilmente e senza fare alcuna distinzione, aveva prescritto che, in caso di raggruppamenti di imprese, “dovranno essere indicate le parti del servizio che saranno effettuate da ognuna (si intende, impresa associata)”.

Né può ritenersi che, attraverso l'utilizzo dell'avverbio “equamente”, si volesse indicare una divisione paritaria del servizio tra tutte le imprese, in misura di un terzo ciascuna. Infatti, l'avverbio impiegato non ha per l'interprete il significato univoco che vorrebbe riconoscergli parte ricorrente suggerendo, piuttosto, il senso di una distribuzione genericamente bilanciata del servizio tra i singoli componenti, senza che ciò possa automaticamente significare una divisione in parti uguali dello stesso.

In altri termini, si vuole sottolineare come, laddove il Codice dei contratti richiede l'indicazione di una percentuale definita e puntuale, parte ricorrente si sia invece affidata ad una indicazione che presenta innegabili margini di indeterminatezza e di approssimazione e che, pertanto, non rispetta né la ratio né la lettera del Codice dei contratti.

3. Come si è già chiarito in premessa, l'accoglimento del ricorso incidentale, e la conseguente esclusione dalla gara della ricorrente principale, non determina peraltro il venir meno dell'interesse alla decisione di tale ultima impugnativa, residuando pur sempre l'interesse “strumentale” alla ripetizione della gara che si

imporrebbe, nel caso di specie, in caso di annullamento dell'aggiudicazione in favore della sola concorrente rimasta.

4. Venendo quindi all'esame del ricorso principale, anche sulla scorta di quanto evidenziato dal Consiglio di Stato nella citata ordinanza d'appello n. 3514/2009, si reputa di dovere scrutinare in primo luogo il motivo sopra indicato inerente la violazione dell'art. 75 co. 8 d.lgs. 163/2006.

5. Il motivo è fondato e merita accoglimento.

5.1. In premessa, sulla base della documentazione in atti (v. doc. 30 prodotto dalla ricorrente principale), è pacifico che nella garanzia presentata a corredo dell'offerta Intesa San Paolo, fideiussore di Controinteressata, non abbia assunto l'impegno formale di rilasciare la garanzia fideiussoria (anche) per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente fosse risultato affidatario del servizio.

5.2. Ciò posto, osserva il Collegio come l'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006, rubricato come "garanzie a corredo dell'offerta", dopo aver precisato che l'offerta deve essere corredata da una garanzia che può assumere la forma della cauzione o della fideiussione, a scelta dell'offerente (comma 1), stabilisce che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo (comma 6); stabilisce poi che "l'offerta è altresì corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

La legge prevede, pertanto, due distinte formalità a garanzia della stazione appaltante.

La prima, che è finalizzata a garantire l'impegno dell'aggiudicatario di sottoscrivere il contratto ed è automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del medesimo, può assumere la forma di una cauzione o di una fideiussione, a scelta

dell'offerente; la seconda, che è destinata ad assicurare l'esecuzione del contratto, dovrà essere prestata "qualora l'offerente risultasse affidatario".

In via anticipata rispetto al momento della prestazione della garanzia definitiva, il concorrente deve però allegare all'offerta l'"impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria" per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 75, comma 8.

Si tratta di un obbligo il cui inadempimento è espressamente considerato dalla legge quale causa di esclusione.

5.3. Nel caso in esame, a fronte di tale inequivoco dato normativo ed al cospetto di una incontestata omissione, adottando lo stesso metro di giudizio con il quale si è valutata la violazione di Ricorrente al disposto di cui all'art. 37 co. 4, anche Controinteressata doveva quindi essere esclusa.

Né può rilevare la circostanza che, dopo l'aggiudicazione Intesa San Paolo abbia comunque prestato la garanzia per l'esecuzione del contratto, per la semplice ragione che, applicando correttamente l'art. 75 co. 8 alla fattispecie concreta, detta aggiudicazione non ci sarebbe stata.

Tanto meno può supplire a tale omissione il fatto, sottolineato dalla difesa della controinteressata, che il Presidente di Controinteressata avesse sottoscritto per accettazione il capitolato di gara nel quale si prevedeva l'obbligo per l'aggiudicatario di prestare cauzione definitiva, in questo modo costituendosi fideiussore, secondo l'assunto difensivo.

Al riguardo è sufficiente rilevare come, proprio ai sensi dell'art. 75, la fideiussione possa essere rilasciata non già da qualunque persona ma solamente da soggetti autorizzati aventi la qualifica di intermediari finanziari.

Infine, l'assunto di Controinteressata secondo cui la violazione dell'art. 75 co. 8 sarebbe imputabile unicamente all'istituto di credito non ha rilevanza in questa

sede, fatta salva naturalmente la proposizione di eventuali azioni di responsabilità in sede civile nei confronti della banca.

6. Ne consegue, in definitiva la fondatezza del motivo e per l'effetto l'accoglimento del gravame principale e l'annullamento degli atti con esso impugnati.

7. I restanti motivi possono essere assorbiti, per ragioni di economia processuale, in quanto dal loro accoglimento il ricorrente principale comunque non ricaverebbe alcun ulteriore vantaggio. Tanto più che, almeno con riguardo ai profili inerenti la verifica di anomalia, al cospetto di una motivazione che richiama giustificazioni all'apparenza non esaustive, quanto meno sui costi del lavoro, si renderebbe necessario un approfondimento istruttorio.

8. Quanto alla sorte del contratto stipulato in data 22.5.2009 tra la Amsa ed Controinteressata – allo stato - deve ribadirsi, sulla scorta dell'orientamento di Cass. SS.UU n. 27169/2007 in seguito ribadito da Cass. SS.UU. n.10433/2008 cui ha aderito anche il Consiglio di Stato con le Adunanze Plenarie n. 9 e 12/2008, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a pronunciarsi con efficacia di giudicato su tale profilo, riservato invece alla giurisdizione del giudice ordinario, in attesa del completo recepimento della direttiva 2007/CE/66 in forza delle deleghe al Governo racchiusa ora nell'art. 44 della l. 88/2009 (legge comunitaria per il 2008) il cui co. 3 lett. h) sembrerebbe devolvere allo stesso giudice che annulla l'aggiudicazione anche la cognizione delle questioni inerenti “la sorte del contratto”.

Si è peraltro rilevato (anche da parte di questa Sezione con i precedenti 3227/2009, 3048 e 1370/2008 ai quali si fa sul punto, per economia processuale, integrale rinvio) come in sede di esecuzione della sentenza, l'amministrazione non potrà non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (fatte sempre salve le prestazioni già eseguite, trattandosi in questo caso di un rapporto di durata), similmente a quanto avviene nel caso di

annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo, o ancora di annullamento dell'affidamento di un pubblico servizio disposto senza gara che comporta, non di meno, la sopravvenuta caducazione del successivo contratto (nel senso che "la caducazione della procedura di affidamento travolge automaticamente il contratto per il venir meno del presupposto" v., dopo la citata pronuncia delle SS.UU., Cass, sez, lav., n. 28456/2008).

Rispetto a tali successive e conseguenti determinazioni dell'amministrazione, ovvero a fronte di comportamenti omissivi che disattendano l'effetto conformativo della sentenza, il sindacato del giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, è pieno e completo, potendo adottare tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo.

9. L'accoglimento anche del ricorso incidentale, per l'illegittima ammissione della ricorrente principale, comporta infine la reiezione delle domande risarcitorie formulate da quest'ultima, non potendo vantare Ricorrente alcuna pretesa all'aggiudicazione di questa gara.

10. Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra tutte le parti costituite, in ragione dell'esito del giudizio, nel segno di una soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, prima sezione, definitivamente pronunciando sui gravami in epigrafe così provvede:

accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto annulla gli atti di gara concernenti l'ammissione alla procedura della costituenda ATI Ricorrente srl, Mozzi Giuseppe e Geo snc, Pensiero srl;

accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla l'aggiudicazione e gli atti di gara con esso impugnati;

respinge la domanda risarcitoria avanzata dal ricorrente principale;

compensa le spese tra le parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21/10/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario, Estensore

Mauro Gatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2010

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

IL SEGRETARIO