

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29295-polizza-fideiussoria-provvisoria-presentata-da-un-ati-non-pu-dubitarsi-dell-effettiva-individuazione-dell-ambito-soggettivo-delle-obbligazioni-poste-nel-caso-di-specie-a-carico-del-garante>

Autore: Lazzini Sonia

Polizza fideiussoria provvisoria presentata da un'Ati: non può dubitarsi dell'effettiva individuazione dell'ambito soggettivo delle obbligazioni poste, nel caso di specie, a carico del garante.

Tar Sicilia, Palermo, 11.03.2010 n. 2807

Polizza fideiussoria provvisoria presentata da un'Ati: non può dubitarsi dell'effettiva individuazione dell'ambito soggettivo delle obbligazioni poste, nel caso di specie, a carico del garante.

Invero, ancorché nello spazio relativo al contraente (obbligato principale) sia indicata solo l'impresa mandataria., la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria è firmata in tutti gli appositi spazi non solo dalla mandataria stessa., ma anche dalla mandante, in persona del legale rappresentante pro tempore, e ad essa è allegata una appendice, che non può che costituirne parte integrante, come peraltro in essa espressamente specificato, nella quale è specificato che il "contraente" è un'A.t.i. costituenda che sarà composta dall'impresa capogruppo e dall'impresa associata.

Anche l'appendice è sottoscritta da entrambe le imprese, individuate mediante la denominazione, la ragione sociale e il nome del legale rappresentante.

Tenuto conto del fatto che la polizza individua altresì la stazione appaltante e l'oggetto della gara cui ha partecipato la costituenda A.t.i., ritiene il Collegio che ciò renda sufficientemente certo l'ambito soggettivo delle obbligazioni di cui si è fatto carico il garante, di talché esso in alcun modo si sarebbe potuto sottrarre dal pagare le somme eventualmente dovute per il mancato adempimento di obblighi imputabili alla mandante (in materia si rinvia all'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Cons. di Stato con la decisione 4 ottobre 2005, n. 8).

Ricorso per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e/o falsa applicazione del punto 9 del bando e 6 del disciplinare, atteso che la polizza fideiussoria individua come contraente la sola impresa Controinteressata. s.r.l. indicandone denominazione, ragione sociale, partita i.v.a. e sede; nell'appendice alla polizza si legge: "Ad integrazione di quanto già citato in polizza facciamo presente che il contraente della medesima trattasi di un'A.t.i. Controinteressata. s.r.l. capogruppo Controinteressata due. s.r.l. associato"; della mandante sono indicate solo la denominazione e la ragione sociale, ma ciò non basta per identificare con esattezza il soggetto garantito e quindi l'ambito soggettivo delle obbligazioni di cui si fa carico il garante.

L'incertezza circa la persona del garantito incide sulla validità della polizza fideiussoria, cosicché in caso di inadempimento imputabile alla mandante la società assicuratrice potrà sottrarsi alla richiesta di incameramento della cauzione;

qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

2.2. Con il secondo motivo di ricorso (Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e/o falsa applicazione del punto 9 del bando e 6 del disciplinare), si lamenta che la polizza fideiussoria individua come contraente la sola impresa Controinteressata. s.r.l. indicandone denominazione, ragione sociale, partita i.v.a. e sede; nell'appendice alla polizza si legge: "Ad integrazione di quanto già citato in polizza facciamo presente che il contraente della medesima trattasi di un'A.t.i. Controinteressata. s.r.l. capogruppo Controinteressata due. s.r.l. associato"; della mandante sono indicate solo la denominazione e la ragione sociale, ma ciò non basterebbe per identificare con esattezza il soggetto garantito e quindi l'ambito soggettivo delle obbligazioni di cui si fa carico il garante. L'incertezza circa la persona del garantito incide sulla validità della polizza fideiussoria, cosicché in caso di inadempimento imputabile alla mandante la società assicuratrice potrebbe sottrarsi alla richiesta di incameramento della cauzione.

Ritiene il Collegio che la censura sia infondata finanche in punto di fatto.

Invero, ancorché nello spazio relativo al contraente (obbligato principale) sia indicata solo l'impresa Controinteressata. s.r.l., la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria è firmata in tutti gli appositi spazi non solo dalla Controinteressata. s.r.l., ma anche dalla Controinteressata due. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, Antinoro Vincenzo e ad essa è allegata una appendice, che non può che costituirne parte integrante, come peraltro in essa espressamente specificato, nella quale è specificato che il "contraente" è un'A.t.i. costituenda che sarà composta dall'impresa Controinteressata. s.r.l., quale capogruppo e dall'impresa Controinteressata due. s.r.l., quale associato. Anche l'appendice è sottoscritta da entrambe le imprese, individuate mediante la denominazione, la ragione sociale e il nome del legale rappresentante.

Tenuto conto del fatto che la polizza individua altresì la stazione appaltante e l'oggetto della gara cui ha partecipato la costituenda A.t.i. Controinteressata. s.r.l.-Controinteressata due. s.r.l., ritiene il Collegio che ciò renda sufficientemente certo l'ambito soggettivo delle obbligazioni di cui si è fatto carico il garante, di talché esso in alcun modo si sarebbe potuto sottrarre dal pagare le somme eventualmente dovute per il mancato adempimento di obblighi imputabili alla Controinteressata due. s.r.l. (in materia si rinvia all'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Cons. di Stato con la decisione 4 ottobre 2005, n. 8).

Osserva infine il Collegio, quanto alla questione della esatta identificazione dell'impresa Controinteressata due. s.r.l. (la quale, lo si ricorda ancora una volta, risulta aver sottoscritto la polizza e l'appendice alla polizza con espressa menzione anche del nominativo del legale rappresentante pro tempore), che l'art. 163, c. 3, n. 2 c.p.c. recante la disciplina relativa al contenuto dell'atto di citazione, recita: "Se attore o convenuto è una persona giuridica ..., la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio".

Ciò costituisce ulteriore argomento in forza del quale, ad avviso del Collegio, non può dubitarsi dell'effettiva individuazione dell'ambito soggettivo delle obbligazioni poste, nel caso di specie, a carico del garante.

Segue da ciò l'infondatezza anche del secondo motivo di ricorso.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 2807 dell' 11 marzo 2010, emessa dal Tar Sicilia, Palermo

N. 02807/2010 REG.SEN.
N. 01604/2009 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 1604 del 2009, proposto da ricorrente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Iacuzzo ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Riccardo Rotigliano sito in Palermo, via Nunzio Morello, n. 20;

contro

- la Provincia Regionale di Palermo, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gabriella Fasciana ed elettivamente domiciliata presso gli Uffici dell'Avvocatura Provinciale, siti in Palermo, via Maqueda, n. 100;
- l'U.r.e.g.a. Sezione provinciale di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici, siti in Palermo, via A. De Gasperi, n. 81, è domiciliato *ex lege*;

nei confronti di

impresa Controinteressata. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo della costituenda A.t.i. Controinteressata. s.r.l.– Controinteressata due. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni e Giuseppe Immordino, presso il cui studio, sito in Palermo, viale Libertà, n. 171, è elettivamente domiciliata;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

quanto al ricorso principale:

- degli atti della gara per i lavori di intervento, di sistemazione, risanamento e messa in sicurezza della galleria paramassi a progr.va km Ca 2+500 circa, ripresa della sovrastruttura stradale ed opere viarie di finitura sulla S.P. n. 37 di Gibilrossa: “Cianciulli-Gibilrossa – B° Coda di Volpe”, cig 0302185AF0, con i quali l'A.t.i.

costituenda tra Controinteressata. s.r.l. e Controinteressata due. s.r.l. è stata prima ammessa e poi dichiarata aggiudicataria, ed in particolare:

- dei verbali di gara dell'8, 9, 10, 11, 15, 16 e 17 giugno;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- della determinazione dirigenziale n. 285 del 4/9/2009 con la quale è stata confermata l'aggiudicazione definitiva e della relativa nota di trasmissione;

nonché per il risarcimento

del danno patito dalla ricorrente per effetto della eventuale sottoscrizione ed esecuzione del contratto da parte della controinteressata;

quanto al ricorso incidentale:

- dei verbali di gara dell'8, 9, 10, 11, 15, 16 e 17 giugno relativi alla gara di appalto per i lavori di “sistemazione, risanamento e messa in sicurezza della galleria paramassi a progr.va km Ca 2+500 circa, ripresa della sovrastruttura stradale ed opere viarie di finitura sulla S.P. n. 37 di Gibilrossa: Cianciulli-Gibilrossa – B° Coda di Volpe”, nella parte in cui è stata ammessa alla gara l'impresa ricorrente s.r.l.;

Visto il ricorso introduttivo del giudizio, con i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Palermo, dell'U.r.e.g.a. di Palermo e dell'impresa Controinteressata. s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'impresa Controinteressata. s.r.l. e volto ad ottenere l'esclusione dalla gara di parte ricorrente;

Vista l'ordinanza del T.a.r. Sicilia, Palermo, n. 1037/09;

Viste le memorie conclusive depositate in giudizio dalle parti in vista della discussione del ricorso nel merito;

Designato relatore alla pubblica udienza del giorno 14/1/2010 il Cons. Federica Cabrini;

Visti gli atti tutti del giudizio;

Uditi i difensori delle parti, come da verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 4/2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso, notificato a mezzo posta in data 17-19/9/2009 e depositato in data 20/9/2009, l'impresa ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe indicati aventi ad oggetto la gara per l'affidamento dell'appalto relativo ai lavori di sistemazione, risanamento e messa in sicurezza della galleria paramassi al km 2+500 circa, di ripresa della sovrastruttura stradale, nonché di finitura di opere viarie sulla S.P. n. 37 di Gibilrossa. In detta gara è risultata aggiudicataria l'A.t.i. Controinteressata. s.r.l.–Controinteressata due. s.r.l. e seconda classificata la ricorrente.

Quest'ultima lamenta l'illegittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata e della conseguente aggiudicazione deducendo le seguenti censure:

1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 d.l. n. 629/82*, atteso che l'impresa Controinteressata. s.r.l., consapevole della cogenza dell'obbligo di cui alla norma citata, ha prodotto tra la documentazione di gara il modello G.A.P. senza però indicare il "Tipo impresa" che il modello stesso prescriveva di indicare a pena di esclusione. Anche l'impresa Controinteressata due. s.r.l. ha omesso di inserire altre informazioni richieste a pena di esclusione (nr. ordine appalto; lotto/stralcio e anno) e ha omesso di indicare la sede legale, apponendo la dicitura "Mussomeli" nello spazio dedicato all'indicazione della ragione sociale;

2) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e/o falsa applicazione del punto 9 del bando e 6 del disciplinare*, atteso che la polizza fideiussoria

individua come contraente la sola impresa Controinteressata. s.r.l. indicandone denominazione, ragione sociale, partita i.v.a. e sede; nell'appendice alla polizza si legge: “*Ad integrazione di quanto già citato in polizza facciamo presente che il contraente della medesima trattasi di un’A.t.i. Controinteressata. s.r.l. capogruppo Controinteressata due. s.r.l. associato*”; della mandante sono indicate solo la denominazione e la ragione sociale, ma ciò non basta per identificare con esattezza il soggetto garantito e quindi l’ambito soggettivo delle obbligazioni di cui si fa carico il garante.

L’incertezza circa la persona del garantito incide sulla validità della polizza fideiussoria, cosicché in caso di inadempimento imputabile alla mandante la società assicuratrice potrà sottrarsi alla richiesta di incameramento della cauzione;

3) *Violazione dell’art. 40 d.lgs. n. 163/2006 e del d.p.r. n. 34/2000*, atteso che l’attestato SOA della Controinteressata. s.r.l. alla data del 27/7/2009 era scaduto e quindi la stazione appaltante doveva escludere la controinteressata dalla gara e non poteva procedere alla sottoscrizione del contratto;

4) *Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 13 l.n. 109/1994, dell’art. 37, c. 13, d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 93 e 95 d.p.r. n. 554/1999 e del punto 5 del disciplinare*, atteso che il disciplinare onerava le imprese riunite di una costituenda A.t.i. di indicare, a pena di esclusione, le quote di partecipazione e quelle di esecuzione; nel caso di specie le imprese riunite nell’A.t.i. controinteressata hanno indicato solo le quote di esecuzione e non quelle di partecipazione, e quindi andavano escluse dalla gara.

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

Si è costituita in giudizio l’impresa controinteressata per resistere al ricorso.

Si è altresì costituita in giudizio la Provincia Regione di Palermo per resistere al ricorso.

Con atto notificato in data 20-21/10/2009 e depositato in data 21/10/2009, l’impresa Controinteressata. s.r.l. ha proposto ricorso incidentale impugnando gli

atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'impresa ricorrente.

Deduce a tal fine i seguenti motivi di censura:

1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del d.l. n. 629/82, par condicio*, atteso che anche la ricorrente va esclusa dalla gara avendo prodotto un G.A.P. privo delle seguenti indicazioni: nr. ordine appalto; lotto/stralcio e anno;

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 4, lett. g) del disciplinare di gara*, atteso che l'impresa ricorrente ha dichiarato di non trovarsi in situazione di controllo con nessuna impresa; in realtà il sig. Bruccheri Giacomo, direttore tecnico dell'impresa ricorrente, è anche titolare dell'omonima impresa individuale Bruccheri Giacomo, avente peraltro sede legale nello stesso stabile ove ha sede l'impresa ricorrente.

Conclude quindi per l'accoglimento del ricorso incidentale e la declaratoria dell'improcedibilità di quello principale.

Si è infine costituito in giudizio l'U.r.e.g.a. Sezione provinciale di Palermo, per il tramite dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo.

Con ordinanza n. 1037/2009, l'istanza cautelare è stata accolta.

Con memorie difensive depositate in data 31/12/2009, 7/1/2010 e 8/1/2010 le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del giorno 14/1/2010, uditi i difensori delle parti, come da verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 19/1/2010 è stato depositato il dispositivo (n. 4/2010) della presente sentenza.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'esame del ricorso incidentale atteso che il ricorso principale è nel merito infondato.

2.1. Con il primo motivo di ricorso (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 d.l. n. 629/82*), si afferma che l'impresa Controinteressata. s.r.l., consapevole della

cogenza dell'obbligo di cui all'art. 1 d.l. n. 629/82, ha prodotto tra la documentazione di gara il modello G.A.P. senza però indicare il "Tipo impresa" che il modello stesso prescriveva di indicare a pena di esclusione. Anche l'impresa Controinteressata due. s.r.l. ha ommesso di inserire altre informazioni richieste a pena di esclusione (nr. ordine appalto; lotto/stralcio e anno) e ha ommesso di indicare la sede legale, apponendo la dicitura "Mussomeli" nello spazio dedicato all'indicazione della ragione sociale.

Il ricorrente invoca in suo favore alcuni precedenti di questo Tribunale (T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 28 febbraio 2005, n. 313; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23 aprile 2007, n. 1173 e T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 5 maggio 2009, n. 856) ed uno del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana (Cons. Giust., Sez. giurisd., 11 maggio 2009, n. 400).

Il Collegio non ignora i precedenti citati da parte ricorrente, due di questi peraltro non in modo pertinente, come si dirà a breve; ritiene, però, che la questione, seppur vagliata positivamente in sede cautelare, proprio in linea con due dei precedenti richiamati, debba essere effettivamente ritenuta infondata alla luce della peculiarità del caso di specie e di una corretta interpretazione della norma invocata. Occorre preliminarmente osservare che, nel caso di specie, né il bando, né il disciplinare di gara e nemmeno i modelli allegati alla *lex specialis* della procedura contenenti la domanda di partecipazione al pubblico incanto e la dichiarazione a corredo dell'offerta, contenevano alcuna previsione in ordine alla produzione del modello G.A.P.

Inconferente appare pertanto il richiamo alla recente sentenza di questa Sezione (5 maggio 2009, n. 856) atteso che in quel caso il disciplinare richiedeva, con precisa descrizione ed a pena di esclusione, la produzione del modello G.A.P. debitamente compilato in ogni sua parte e sottoscritto (in linea con detto orientamento si richiamano altresì le seguenti decisioni: T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 07 marzo

2003, n. 314; T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 19 ottobre 2005, n. 3395 e Cons. Giust., Sez. giurisd., 31 dicembre 2007, n. 1177).

Del pari inconferente è il richiamo alla decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana (Sez. giurisd., 11 maggio 2009, n. 400), atteso che, anche in tal caso, la mancata presentazione del modello G.A.P. era espressamente richiesta dalla *lex specialis* della gara a pena di esclusione.

Ad avviso del Collegio è altresì inconferente, ancorché non richiamato da parte ricorrente, l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di questo Tribunale, e confermato dal giudice di appello, relativo a fattispecie nelle quali la *lex specialis* della procedura richiedeva la produzione del modello G.A.P., ma senza comminare la mancata produzione del modello con l'esclusione (v. T.a.r. Sicilia, Sez. III, 24 aprile 2008, n. 532 e Cons. Giust., Sez. giurisd., 6 maggio 1998, n. 298 e 3 marzo 2003, n. 94).

Pertinente appare invece il richiamo alla sentenza sempre di questa Sezione del 23 aprile 2007, n. 1173 che riprende l'orientamento precedentemente espresso dalla II Sezione con sentenza 28 febbraio 2005, n. 313, orientamento, di recente, fatto proprio anche dalla Sezione staccata di Catania (Sez. IV, 19 gennaio 2009, n. 106).

Nelle fattispecie esaminate, invero, come nella presente, la *lex specialis* della procedura nulla disponeva con riferimento alla produzione del modello G.A.P.

Ritiene pertanto il Collegio di dover partire dall'*iter* logico contenuto in tali decisioni per poter esporre le ragioni per le quali detto orientamento non appare da condividere.

Si legge nelle citate sentenze:

- “*l'obbligo [della presentazione del modello G.A.P. – n.d.r.] nasce, prima che dal bando, dalla inequivoca formulazione della legge (art. 1, quinto comma, del D.L. n. 629/1982, conv. nella legge n. 726/1992). E tale obbligo di presentare il modulo G.A.P. sin dalla fase iniziale del concorso risponde ad una esigenza sostanziale: consentire all'Alto Commissario (ora*

Ministero dell'Interno) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle pubbliche gare, posto che anche la sola partecipazione può costituire utile dato per rilevare la ingerenza della criminalità organizzata nei rapporti economici con l'Amministrazione pubblica' (sentenza n. 313/2005);

- *“si deve ... ritenere che anche la norma che prevede l'obbligo di produzione del GAP, abbia ... natura etero integrativa”* (sentenza n. 1173/2007);

- *“il concorrente che non produce il modulo G.A.P. dev'essere escluso addirittura anche quando nel bando non sia contenuta un'esplicita comminatoria di esclusione”* (sentenza n. 106/2009).

Orbene, ritiene il Collegio che il ragionamento seguito nelle citate sentenze, seppur dettato dalla comprensibile ragione di non scalfire il principio della tutela dell'ordine pubblico ai fini della lotta contro le infiltrazioni della delinquenza mafiosa nel settore dei pubblici appalti, non possa essere condiviso ogniqualvolta esso conduca alla penalizzazione del *“concorrente che abbia fatto affidamento incolpevole sul tenore testuale e letterale della lex specialis”* della procedura (v. deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 22 maggio 2007, n. 154 richiamata anche dal successivo parere 6 marzo 2008, n. 98).

Invero, il modello G.A.P. (modello gestione appalti pubblici) è stato istituito a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. con l. 12 ottobre 1982, n. 726, recante *“Misure urgenti per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa”*.

La normativa d'urgenza ha istituito innanzitutto la nuova figura dell'Alto commissario per il coordinamento della lotta contro la delinquenza mafiosa, attribuendogli, ai fini della prevenzione e della lotta contro la delinquenza mafiosa, appunto, i poteri di coordinamento tra gli organi amministrativi e di polizia, sul piano locale e sul piano nazionale (v. art. 1, cc. 1-2).

Per quanto riguarda la presente controversia si osserva che l'art. 1, cc. 5-7, del citato d.l. n. 629/82 recita: *“A richiesta dell'Alto commissario, le imprese, sia individuali che*

costituite in forma di società, aggiudicatarie o partecipanti a gare pubbliche di appalto o a trattativa privata, sono tenute a fornire allo stesso notizie di carattere organizzativo, finanziario e tecnico sulla propria attività, nonché ogni indicazione ritenuta utile ad individuare gli effettivi titolari dell'impresa ovvero delle azioni o delle quote sociali. Nei confronti degli appaltatori che non ottemperino alla richiesta di cui al precedente comma ovvero forniscano notizie non corrispondenti al vero si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno. La condanna comporta la sospensione dall'albo degli appaltatori. Le stazioni appaltanti opere pubbliche sono tenute a fornire all'Alto commissario, ove questi ne faccia richiesta, le documentazioni relative alle procedure di aggiudicazione e ai contratti di opere eseguite o da eseguire”.

In applicazione della citata normativa, il modello G.A.P. è stato introdotto con circolare dell'Alto Commissario 28/3/1989, per consentire, inizialmente all'Alto Commissario e, successivamente, al Ministro dell'Interno (v. art. 2, c. 2 *quater*, d.l. 29-10-1991 n. 345, conv. con l. 30 dicembre 1991, n. 410 che ha trasferito le funzioni del Commissario al Ministro) di avere accesso a notizie riguardanti le imprese che partecipano alle pubbliche gare di importo pari o superiore a euro 51.645,69 (IVA inclusa).

Il quesito cui è necessario rispondere nella presente sede è se, in assenza di alcuna previsione nella *lex specialis* della procedura in ordine all'obbligo di produrre il modello G.A.P., la stazione appaltante debba escludere le imprese che omettano di produrre tale modello: tale è la tesi di parte ricorrente, che il Collegio ritiene di non condividere.

Invero, come già affermato da questo Tribunale in fattispecie identica alla presente, “*il principio in base al quale le disposizioni contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito sono integrate dalle norme imperative di legge, opera ... con riguardo esclusivo a quelle prescrizioni normative che per il loro carattere autoesecutivo - non abbisognando cioè la loro applicazione dell'intermediazione di altre fonti -... sono immediatamente ed inequivocamente impositive di obblighi ... sicché solo in questo caso esse si dimostrano suscettibili di inserzione*

automatica” (così T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 luglio 2004, n. 1518, sentenza non appellata).

Questa Sezione ha avuto modo di affrontare di recente la questione della portata del principio di etero-integrazione con riferimento al diverso tenore letterale, da un lato, dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 relativo ai requisiti di carattere generale, la cui mancanza comporta il divieto di partecipare alle gare e di stipulare i contratti con la Pubblica Amministrazione, e, dall'altro lato, dell'art. 17 l. n. 68/1999, norma che disciplina chiaramente un requisito di ammissibilità, prescrivendo a carico delle imprese partecipanti a bandi per appalti pubblici, l'obbligo di presentazione, in via preventiva e in alternativa alla relativa certificazione, di una dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.

Si è quindi affermato che *“tenuto conto della peculiarità del caso di specie, la portata del principio di etero-integrazione ... va esattamente circoscritta, sia in quanto formatasi soprattutto sulla norma speciale contenuta nell'art. 17 della L. n. 68/99, sia in quanto va verificato, caso per caso, se, in effetti, vi sia spazio per l'operatività di detto meccanismo, il quale ha come necessario presupposto la sussistenza di una lacuna. ... La cd. etero-integrazione va intesa nel senso che, pur in assenza di qualsivoglia richiamo alle disposizioni contenute nell'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, le cause di esclusione, se esistenti, devono trovare applicazione. Va, peraltro, considerato che, solo se così inteso detto meccanismo può ragionevolmente contemperarsi con il principio comunitario dell'affidamento. Su tale ultimo punto, va, infatti, presa in considerazione, oltre ai principi della certezza del diritto e della tutela della par condicio dei concorrenti, la portata del principio di derivazione comunitaria dell'affidamento, il quale ha fatto ingresso nell'ordinamento giuridico italiano come principio generale dell'azione amministrativa, ai sensi del novellato art. 1, comma 1, della L. n. 241/90, il quale, ad avviso del Collegio, incide, nel senso di rafforzarle, sul piano del rigoroso rispetto delle prescrizioni preventivamente fissate e*

rese pubbliche per tutti i partecipanti? (così T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. III, 11 gennaio 2010, n. 232).

Il ragionamento, pur relativo a norma differente (l'art. 38 d.lgs. n. 163/2006), ben si attaglia al caso di specie.

Invero, stando al tenore letterale dell'art. 1, c. 5, del citato d.l. n. 629/82, le imprese che partecipano a gare pubbliche sono tenute a fornire notizie di carattere organizzativo, finanziario e tecnico sulla propria attività, nonché ogni altra indicazione ritenuta utile ad individuare i titolari delle imprese “*a richiesta dell'Alto commissario*” (ora del Ministero dell'Interno); detta richiesta, passa, di fatto ed in concreto, per il tramite della stazione appaltante che vi provvede a mezzo della *lex specialis* della procedura.

Pertanto, laddove detta disciplina nulla disponga (come è avvenuto nel caso di specie), ritiene il Collegio che nessuna sanzione (tanto meno di esclusione dalla gara) possa essere disposta a carico dell'impresa partecipante alla gara che abbia fatto legittimo affidamento sul tenore del bando e del disciplinare di gara e ad essi si sia attenuto.

D'altra parte, la norma citata (art. 1, c. 6, del citato d.l. n. 629/82) sanziona il mancato riscontro alla richiesta dell'Autorità di pubblica sicurezza con la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno e, per effetto della condanna in sede penale, con la sanzione accessoria della sospensione dall'albo degli appaltatori.

Segue da ciò che la norma, così come è formulata, non essendo immediatamente auto esecutiva non può andare ad integrare la silente *lex specialis* della procedura introducendo una non prevista causa di esclusione dalla gara *in itinere*. “*Né potrebbe sostenersi che il precetto integrativo del bando sia costituito dalla disposizione dell'autorità amministrativa che integra la richiesta di cui all'art. 1, co. 5, d.l. 629/82 cit.* [v. la sopraccitata circolare dell'Alto Commissario 28 marzo 1989 - n.d.r.], *giacché il modello G.A.P. non rappresenta un requisito aggiuntivo per la partecipazione alle gare,*

vincolante immediatamente sia le stazioni appaltanti che i concorrenti in sede di espletamento delle procedure selettive; ciò in quanto il modello G.A.P., che va trasmesso all'U.T.G. competente, risponde a finalità di polizia, sicché la sua compilazione costituisce adempimento d'un obbligo che, pur sorgendo per l'ente appaltante e per il privato in occasione della indizione della gara di appalto, non attiene al contenuto della gara, rimanendo estraneo al rapporto che sorge da questa' (così T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 luglio 2004, n. 1518, cit. retro).

Segue da ciò l'infondatezza del primo motivo di ricorso.

2.2. Con il secondo motivo di ricorso (*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e/o falsa applicazione del punto 9 del bando e 6 del disciplinare*), si lamenta che la polizza fideiussoria individua come contraente la sola impresa Controinteressata. s.r.l. indicandone denominazione, ragione sociale, partita i.v.a. e sede; nell'appendice alla polizza si legge: “*Ad integrazione di quanto già citato in polizza facciamo presente che il contraente della medesima trattasi di un'A.t.i. Controinteressata. s.r.l. capogruppo Controinteressata due. s.r.l. associato*”; della mandante sono indicate solo la denominazione e la ragione sociale, ma ciò non basterebbe per identificare con esattezza il soggetto garantito e quindi l'ambito soggettivo delle obbligazioni di cui si fa carico il garante.

L'incertezza circa la persona del garantito incide sulla validità della polizza fideiussoria, cosicché in caso di inadempimento imputabile alla mandante la società assicuratrice potrebbe sottrarsi alla richiesta di incameramento della cauzione.

Ritiene il Collegio che la censura sia infondata finanche in punto di fatto.

Invero, ancorché nello spazio relativo al contraente (obbligato principale) sia indicata solo l'impresa Controinteressata. s.r.l., la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria è firmata in tutti gli appositi spazi non solo dalla Controinteressata. s.r.l., ma anche dalla Controinteressata due. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Antinoro Vincenzo e ad essa è allegata una appendice, che non può che costituirne parte integrante, come peraltro in essa

espressamente specificato, nella quale è specificato che il “*contraente*” è un’A.t.i. costituenda che sarà composta dall’impresa Controinteressata. s.r.l., quale capogruppo e dall’impresa Controinteressata due. s.r.l., quale associato. Anche l’appendice è sottoscritta da entrambe le imprese, individuate mediante la denominazione, la ragione sociale e il nome del legale rappresentante.

Tenuto conto del fatto che la polizza individua altresì la stazione appaltante e l’oggetto della gara cui ha partecipato la costituenda A.t.i. Controinteressata. s.r.l.-Controinteressata due. s.r.l., ritiene il Collegio che ciò renda sufficientemente certo l’ambito soggettivo delle obbligazioni di cui si è fatto carico il garante, di talché esso in alcun modo si sarebbe potuto sottrarre dal pagare le somme eventualmente dovute per il mancato adempimento di obblighi imputabili alla Controinteressata due. s.r.l. (in materia si rinvia all’orientamento espresso dall’Adunanza Plenaria del Cons. di Stato con la decisione 4 ottobre 2005, n. 8).

Osserva infine il Collegio, quanto alla questione della esatta identificazione dell’impresa Controinteressata due. s.r.l. (la quale, lo si ricorda ancora una volta, risulta aver sottoscritto la polizza e l’appendice alla polizza con espressa menzione anche del nominativo del legale rappresentante *pro tempore*), che l’art. 163, c. 3, n. 2 c.p.c. recante la disciplina relativa al contenuto dell’atto di citazione, recita: “*Se attore o convenuto è una persona giuridica ..., la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l’indicazione dell’organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio*”.

Ciò costituisce ulteriore argomento in forza del quale, ad avviso del Collegio, non può dubitarsi dell’effettiva individuazione dell’ambito soggettivo delle obbligazioni poste, nel caso di specie, a carico del garante.

Segue da ciò l’infondatezza anche del secondo motivo di ricorso.

2.3. Con il terzo motivo di ricorso (*Violazione dell’art. 40 d.lgs. n. 163/2006 e del d.p.r. n. 34/2000*), si lamenta che l’attestato SOA della Controinteressata. s.r.l. alla data del 27/7/2009 era scaduto e quindi che la stazione appaltante doveva escludere la

controinteressata dalla gara e non poteva procedere alla sottoscrizione del contratto.

Ritiene il Collegio che la censura sia priva di fondamento.

Invero, risulta incontestato tra le parti che la Controinteressata. s.r.l. era in possesso di valido attestato SOA tanto alla data dell'aggiudicazione provvisoria (17/6/2009) che a quella dell'aggiudicazione definitiva (8/7/2009) e che detta attestazione, scaduta in data 19/7/2009 è stata rinnovata in data 27/7/2009, a seguito di istanza presentata in data 11/7/2009.

Né la stazione appaltante ha proceduto alla conclusione del contratto nel periodo compreso tra il 19/7/2009 e il 27/7/2009 tenuto conto che risulta dalla documentazione in atti che a seguito di reclamo proposto dall'impresa ricorrente in data 28/7/2009, proprio con riferimento alla circostanza della scadenza dell'attestazione SOA, si è aperto un procedimento amministrativo conclusosi con la conferma dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante con determinazione n. 285 del 4/9/2009.

Osserva il Collegio che lo scopo della normativa sulla qualificazione delle imprese dettata dagli artt. 40 del d.lgs. n. 163/2006 e 15 e 15 *bis* del d.P.R. n. 34/2000 è quello che alle gare partecipino soggetti che possano dimostrare l'esistenza di quei requisiti sostanziali, che li rendano realmente affidabili nei confronti della stazione appaltante (v. T.a.r. Trentino Alto Adige 6 novembre 2008, n. 284).

Pertanto, posto che il termine a cui occorre fare riferimento ai fini della valutazione dei requisiti di ammissione dei concorrenti alla gara è quello della presentazione delle domande di partecipazione alla gara, restando fermo, ovviamente, che la conservazione dei prescritti requisiti debba essere debitamente accertata anche al momento della stipulazione del contratto (cfr., in termini, Cons. Giust., Sez. giurisd., 27 aprile 2009, n. 304) e posto che nel caso di specie non vi è dubbio che alla data della scadenza del termine per la presentazione delle offerte

L'impresa Controinteressata. s.r.l. era in possesso del requisito di cui trattasi, né il contratto è stato sottoscritto nel periodo compreso tra la data di scadenza dell'attestazione e quella del suo rinnovo, segue da ciò l'infondatezza anche del terzo motivo di ricorso.

2.4. Con il quarto motivo di ricorso (*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 l.n. 109/1994, dell'art. 37, c. 13, d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 93 e 95 d.p.r. n. 554/1999 e del punto 5 del disciplinare*), si lamenta che il disciplinare onerava le imprese riunite di una costituenda A.t.i. di indicare, a pena di esclusione, le quote di partecipazione e quelle di esecuzione; nel caso di specie le imprese riunite nell'A.t.i. controinteressata hanno indicato solo le quote di esecuzione e non quelle di partecipazione, e quindi andavano escluse dalla gara.

Ritiene il Collegio che anche detta censura non meriti di essere condivisa.

Invero, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 8 e 13 l. n. 109/1994, per come recepita nella Regione Siciliana in virtù del richiamo operato dall'art. 1, c. 1, l.r. n. 7/2002 e s.m.i. (norme peraltro richiamate dall'art. 1, punto 5, del disciplinare di gara), i soggetti che intendono riunirsi in A.t.i. devono specificare, a pena di esclusione, il modello di associazione, le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione, con riferimento a ciascuna delle categorie del bando di gara.

Costituisce *ius receptum* il principio che l'onere di specificare le rispettive quote di partecipazione è collegato al fine di rendere possibile la puntuale verifica, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di qualificazione richiesti.

D'altra parte, ai sensi dell'art. 93, c. 4, d.P.R. n. 554/1999 le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento. Detta norma, abrogata dall'art. 256 d.lgs. n. 163/2006, è applicabile in ambito regionale (con riferimento agli appalti di

lavori sottosoglia comunitaria quale quello di cui trattasi, la cui base d'asta è pari a € 1.800.000,00) in virtù del richiamo operato dall'art. 1, c. 2, lett. a), l.r. n. 7/2002.

Da tale disposizione risulta chiaramente che deve sussistere una perfetta simmetria tra quota di lavori eseguiti e la quota di effettiva partecipazione al raggruppamento.

Nel caso di specie, l'A.t.i. di cui trattasi è di tipo orizzontale.

Posto che:

- l'intervento oggetto dell'appalto (base d'asta pari a € 1.800.000,00) si compone di lavori della sola categoria OG3, classifica IV (fino a € 2.582.284,00);
- l'impresa Controinteressata. s.r.l. (mandataria) è qualificata per la categoria OG3, classifica IV (fino a € 2.582.284,00);
- l'impresa Controinteressata due. s.r.l. (mandante) è qualificata per la categoria OG3, classifica III (fino a € 1.032.913,00);
- nella domanda di partecipazione l'A.t.i. controinteressata ha dichiarato che in caso di aggiudicazione i lavori *“saranno così eseguiti dall'Controinteressata. s.r.l. OG3 nella misura del 51% ... dalla Controinteressata due. s.r.l. OG3 nella misura del 49%”*;
- il 51 % di € 1.800.000,00 è pari a € 918.000,00 e il 49% di € 1.800.000,00 è pari a € 882.000,00;

appare chiaro che nel caso di specie l'indicazione da parte dell'A.t.i. controinteressata delle sole quote di esecuzione contiene in sé l'implicita indicazione anche di quelle di partecipazione ad esse speculari, e che la stazione appaltante alla luce della documentazione prodotta dall'A.t.i. in sede di gara (domanda di partecipazione contenente la dichiarazione sopraccitata e attestazioni SOA) era perfettamente in grado di verificare in capo alle singole imprese partecipanti all'A.t.i. stessa, il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis* della procedura.

Segue da ciò l'infondatezza anche dell'ultimo motivo di ricorso.

3. Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve quindi essere rigettato.

Ritiene peraltro il Collegio che sussistano le gravi ed eccezionali ragioni di cui all'art. 92, c. 2, c.p.c., per come modificato dall'art. 45, c. 11, l. n. 69/2009, per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio tenuto conto della parziale novità delle questioni affrontate e del *revirement* rispetto all'orientamento assunto dal Collegio in sede cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia – Sede di Palermo, Sezione terza, definitivamente pronunciando, sul ricorso in epigrafe indicato, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere, Estensore

Anna Pignataro, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/03/2010

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

IL SEGRETARIO

