

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29842-la-mancata-intestazione-della-cauzione-a-tutti-i-partecipanti-ad-un-costituendo-rti-non-potr-mai-garantire-l-amministrazione-per-l-importo-richiesto-dalla-legge>

Autore: Lazzini Sonia

La mancata intestazione della cauzione a tutti i partecipanti ad un costituendo RTI non potrà mai garantire l'Amministrazione per l'importo richiesto dalla legge

Tar Lazio, Roma, 17.06.2010 n. 18454_BIS

La mancata intestazione della cauzione a tutti i partecipanti ad un costituendo RTI non potrà mai garantire l'Amministrazione per l'importo richiesto dalla legge.

Ad abundantiam, il Collegio ritiene di non potersi esimere dal precisare che, al fine di accertare il rischio assicurativo traslato o, meglio, di constatare l'oggetto della garanzia fideiussoria prestata, l'importo indicato nella polizza sottoscritta assume valore sicuramente recessivo rispetto all'oggetto della stessa.

Come osservato anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione sopra richiamata, la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti dipende, infatti, esclusivamente dall'obbligazione contemplata nel contratto e, dunque, non può prescindere dall'intestazione della garanzia.

Nell'ipotesi di ATI costituente, la polizza – per garantire l'Amministrazione nei termini prescritti dalla legge – deve, “essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara. Diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante”.

Si intende così evidenziare che – stante l'intestazione della cauzione provvisoria di cui si discute esclusivamente alle società ricorrente – la stessa cauzione è, comunque, inadeguata – a prescindere dal valore “assicurato” nella stessa indicato - a garantire gli obblighi gravanti sui progettisti in veste di “offerenti-mandanti”, ossia a coprire l'importo complessivo dell'appalto.

Del resto, non può essere dimenticato che il valore assicurato non vale a garantire il pagamento della somma allo stesso corrispondente.

Ciò che conta, infatti, è il valore della “cosa assicurata” (artt. 1904 e ss. c.c.), il quale va necessariamente definito in relazione agli interessi patrimoniali dell'assicurato, ossia del soggetto contemplato – in tale veste - nell'assicurazione.

Da tale assunto consegue che la mancata intestazione della cauzione a tutti i partecipanti ad un costituendo RTI non potrà mai garantire l'Amministrazione per l'importo richiesto dalla legge.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 18454 del 17 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

**N. 18454/2010 REG.SEN.
N. 10487/2009 REG.RIC.**



dagli avv.ti Raffaele Izzo e Diego Vaiano ed elettivamente domiciliato presso lo studio dei difensori, situato in Roma, lungotevere Marzio n. 3;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento adottato dalla Commissione di gara il 12 ottobre 2009 e comunicato ai ricorrenti con nota prot. 230564 del 9 novembre 2009, di esclusione dalla gara per l'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di realizzazione delle adduttrici delle reti fognarie e della razionalizzazione della depurazione per il risanamento igienico sanitario nel comprensorio dei Castelli Romani: Comune di Rocca Priora, Palestrina, S. Cesareo, Rocca di Papa, Montecompatri, Grottaferrata e Marino;
- del bando di gara, parte III.1.1., e del disciplinare di gara, art. 11, comma 3, ove richiedano la prestazione della cauzione provvisoria e definitiva anche per i servizi di ingegneria riguardanti la progettazione;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

quanto ai I motivi aggiunti:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, comunicato con nota prot. n. 29627 del 4 febbraio 2010, dell'appalto concorso per i lavori di realizzazione delle adduttrici delle reti fognarie e della razionalizzazione della depurazione per il risanamento igienico sanitario nel comprensorio dei Castelli Romani: Comune di Rocca Priora, Palestrina, S. Cesareo, Rocca di Papa, Montecompatri, Grottaferrata e Marino;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, comunicato con nota prot. n. 15306 del 21 gennaio 2010;
- di tutti i verbali di gara successivi al provvedimento di esclusione;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

quanto ai II motivi aggiunti:

- del provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione definitiva del 22 febbraio 2010 (Det. 130881), comunicato con nota prot. n. 47843 del 23 febbraio 2010, nell'appalto concorso per i lavori di realizzazione delle adduttrici delle reti fognarie e della razionalizzazione della depurazione per il risanamento igienico sanitario nel comprensorio dei Castelli Romani: Comune di Rocca Priora, Palestrina, S. Cesareo, Rocca di Papa, Montecompatri, Grottaferrata e Marino;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;

Visti il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e del Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società cooperativa, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Acqua Ambiente società consortile e Prog.In. s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società cooperativa, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con Acqua Ambiente società consortile e Prog.In. s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 10 dicembre 2009 e depositato l'11 dicembre successivo, i ricorrenti impugnano il provvedimento in data 12 ottobre 2009, comunicato con nota prot. n. 230564 del 9 novembre 2009, con il quale la Commissione di gara ha disposto la loro esclusione dalla procedura di gara per l'aggiudicazione dell'appalto-concorso di

lavori di realizzazione delle adduttrici delle reti fognarie e della razionalizzazione della depurazione per il risanamento igienico sanitario nel comprensorio dei Castelli Romani: Comune di Rocca Priora, Palestrina, S. Cesareo, Rocca di Papa, Montecompatri, Grottaferrata e Marino.

In particolare, espongono quanto segue:

- con bando di gara pubblicato nella G.U.R.I. n. 69 del 15 giugno 2009 e nella G.U.C.E. del 17 giugno 2009, la Regione Lazio indiceva una procedura selettiva (appalto-concorso) per i sopra indicati lavori;

- l'art. 1 del disciplinare di gara precisava che "l'appalto prevede la progettazione e l'esecuzione di collettori fognari nei comuni del comprensorio dei Castelli Romani, riportati nell'oggetto dell'appalto, nonché l'ampliamento dell'impianto di depurazione di Grottaferrata....." ed invitava gli offerenti a presentare, in sede di gara, "un progetto definitivo-esecutivo, sulla base del preliminare posto a base di gara..... che sarà oggetto di valutazione, insieme al prezzo complessivo offerto per l'esecuzione delle opere";

- con istanza del 28 settembre 2009 le imprese F. RICORRENTE PRINCIPALE s.r.l. e RICORRENTE s.r.l. chiedevano di partecipare alla gara, dichiarando che si sarebbero costituite in ATI di tipo verticale, "nella quale la società F. RICORRENTE PRINCIPALE S.r.l. avrebbe assunto la qualità di mandataria e la RICORRENTE S.r.l. quella di mandante";

- le predette dichiaravano, inoltre, "che per la redazione del progetto definitivo/esecutivo è propria intenzione associarsi in RTI" con un raggruppamento di progettisti, specificamente indicato;

- da tale istanza risultavano, dunque, impegnati in via esclusiva le imprese offerenti (da costituirsi in RTI) ed i singoli progettisti (da costituirsi in RTP);

- per la prestazione della garanzia provvisoria, solo la costituenda ATI, a nome di entrambi i concorrenti (F. RICORRENTE PRINCIPALE e RICORRENTE

s.r.l.), provvedeva a quanto richiesto dal bando e dalla legge, nel rispetto dell'art. 75 del d.lgs. 163/06 e dell'art. 11 del disciplinare di gara;

- la Commissione di gara disponeva l'esclusione dell'offerta presentata per la presenza di "due costituende Associazioni Temporanee" di imprese "separate, che firmeranno due contratti non ben precisati", che "eseguiranno al 100% i lavori la prima e al 100% servizi di progettazione la seconda, separatamente", e perché "la cauzione provvisoria prodotta è intestata solo alla prima costituenda Associazione e non anche a quella costituenda tra i progettisti e, quindi, non garantisce l'Amministrazione".

Avverso tale provvedimento di esclusione i ricorrenti insorgono deducendo i seguenti motivi di impugnativa:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3, COMMA 7, ART. 53, COMMI 2 LETT. C) E 3, ART. 90, COMMA 1 LETT. G), E ART. 37, COMMA 8, DEL D.LGS. N. 163/06. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA PARTE III.1.4. DEL BANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 4, PUNTI 3 E 4, DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 2 LETT. B), E ART. 48 DELLA DIRETTIVA EUROPEA 2004/18 CEE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE (FAVOR PARTECIPATIONIS), LIBERA CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA, NONCHE' DEL PRINCIPIO DI AUTOVINCOLO ALLE PRESCRIZIONI DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST.. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DEI PRESUPPOSTI, DIFETTO ISTRUTTORIO, ILLOGICITA', CONTRADDITTORIETA' E MANIFESTA INGIUSTIZIA. L'ATI F. RICORRENTE PRINCIPALE e

RICORRENTE s.r.l., pur essendo in possesso di adeguate attestazioni SOA per l'esecuzione e la progettazione, hanno dichiarato comunque che, per la redazione del progetto definitivo/esecutivo, si sarebbero associate in RTI con un raggruppamento di progettisti. Di talché, non si sarebbe in presenza di due costituende associazioni temporanee di imprese ma di un unico concorrente. Il motivo di esclusione è, pertanto, frutto di un abbaglio della Commissione di gara, atteso che l'offerta "è stata formulata da un unico RTI costituendo con i progettisti". In ogni caso, non possono essere trascurati gli obiettivi della massima partecipazione, libera concorrenza e par condicio nonché il dovere di chiedere specificazioni e chiarimenti. In ragione di tali principi, infatti, doveva essere considerata l'ammissibilità di ogni supporto collaborativo tra imprese, per potenziare o compensare un'offerta, a prescindere dalla sua forma iuris.

2. VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 75 E 111 DEL D.LGS. 163/06. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA PARTE III.1.1. DEL BANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 11, COMMA 3, DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO DI MASSIMA PARTECIPAZIONE (FAVOR PARTECIPATIONIS), LIBERA CONCORRENZA, PAR CONDICIO E TRASPARENZA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1, COMMA 2, DELLA LEGGE N. 241/90 E S.M.I.. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST.. ECCESSO DI POTERE PER DISPARITA' DI TRATTAMENTO, TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DEI PRESUPPOSTI, DIFETTO ISTRUTTORIO, ILLOGICITA', CONTRADDITTORIETA', SVIAMENTO DI POTERE. In capo al progettista, la vigente normativa prescrive unicamente l'obbligo della prestazione di un polizza assicurativa di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento della propria attività. La

richiesta da parte della Stazione appaltante delle due tipologie di cauzioni, provvisoria e definitiva, in aggiunta alla polizza di responsabilità civile, determinerebbe un ingiustificato aggravamento degli oneri di accesso alla gara di appalto a carico del progettista. Nell'eventualità l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria e/o definitiva per i progettisti venisse riscontrato nelle disposizioni di gara, quest'ultime dovrebbero essere ritenute illegittime per i medesimi motivi.

3) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. DA 1 A 10 DELLA LEGGE N. 241 DEL 1990 E S.M.I.. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST.. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, MANCATA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO, ILLOGICITA' E CONTRADDITTORIETA'. Nel caso di specie, l'esclusione dalla gara è stata automatica "senza essere stata preceduta da un accertamento dei fatti". Manca, inoltre, la comunicazione di avvio del procedimento.

Con atto depositato in data 16 dicembre 2009 si è costituita la Regione Lazio, la quale – nel contempo – ha sostenuto la fondatezza delle ragioni poste a supporto del provvedimento impugnato.

In data 12 gennaio 2010 la Regione Lazio ha depositato una memoria integrativa, nel cui ambito ha ribadito la necessità dell'intestazione della garanzia a tutte le associate e, dunque, anche ai progettisti, specie in ragione del rilievo che "oggetto del giudizio" è un appalto concorso.

A seguito del decreto presidenziale n. 5986 del 17 dicembre 2009 – con il quale era stata accolta la domanda di misure cautelari provvisorie, presentata dai ricorrenti – la Sezione ha respinto l'istanza cautelare con ordinanza n. 210 del 15 gennaio 2010.

2. Con motivi aggiunti, notificati in data 19 febbraio 2009 e depositati il successivo 23 febbraio 2010, i ricorrenti impugnano il verbale di gara della seduta del 20 gennaio 2010 – durante il quale la Commissione di gara “ha confermato l’esclusione dalla procedura di gara” dell’“ATI composta dalle ditte F. RICORRENTE PRINCIPALE s.r.l. e RICORRENTE s.r.l. – Studio Idrotecnico RICORRENTE DUE + altri” - ed il provvedimento con il quale in data 4 febbraio 2010 la Commissione di gara ha aggiudicato l’appalto concorso in esame all’ATI Consorzio Cooperative Costruzioni – Acqua Ambiente soc. consortile a r.l. – Prog.In Srl., per “illegittimità derivata” dal precedente provvedimento di esclusione, riportando integralmente “i motivi già esposti nel ricorso introduttivo”.

3. Con ordinanza n. 943/2010 del 23-24 febbraio 2010, il Consiglio di Stato ha riformato la precedente ordinanza della Sezione n. 210 del 2010 e, dunque, ha sospeso il provvedimento di esclusione dalla gara dei ricorrenti, oggetto di impugnativa con il ricorso principale.

4. Con II motivi aggiunti, notificati in data 5 marzo 2010 e depositati il successivo 9 marzo 2010, i ricorrenti impugnano il provvedimento di approvazione dell’aggiudicazione definitiva dell’appalto concorso all’ATI Consorzio Cooperative Costruzioni – Acqua Ambiente soc. consortile a r.l. – Prog.In. Srl, in data 22 febbraio 2010, comunicato con nota prot. n. 47843 del 23 febbraio 2010, chiedendone – previa sospensiva - l’annullamento per illegittimità derivata, sulla base dei temi impugnatori già sottoposti al Tribunale con i precedenti motivi aggiunti.

Con atto depositato in data 23 marzo 2010 si è costituito il Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC società cooperativa, “in proprio e quale capogruppo mandataria dell’ATI con Acqua e Ambiente Società Consortile a r.l. e Prog.In. S.r.l.”.

Con memoria prodotta in data 24 marzo 2010 la Regione Lazio – dopo una breve esposizione dei fatti – si è rimessa alla giustizia del Tribunale “riguardo la richiesta di sospensione incidentale del provvedimento oggi impugnato”.

Con ordinanza n. 1441 del 26 marzo 2010 il Collegio – in linea con decreto presidenziale n. 1122/2010 – ha accolto la domanda incidentale di sospensione in questione.

5. In data 1 aprile 2010 il Consorzio Cooperative Costruzioni ha depositato “controricorso” e ricorso incidentale.

Con il controricorso ha così confutato le censure formulate dai ricorrenti: - l'obbligo della costituenda ATI nei confronti della stazione appaltante era unica e, dunque, la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 doveva essere intestata all'intero raggruppamento; - trattandosi di appalto concorso, l'art. 53 del d.lgs. in questione non può essere invocato; - in ogni caso, si tratta di una norma ancora inefficace, ad opera del secondo decreto correttivo (d.lgs. n. 113/2007); - la cauzione prevista dall'art. 111 del d.lgs. n. 163/2006 “non può considerarsi in alcun modo sostitutiva delle cauzione a corredo dell'offerta, richiesta” dal precedente art. 75, che persegue il diverso scopo di garantire l'Amministrazione sulla serietà della partecipazione alla gara.

Nel contempo, con il ricorso incidentale ha dedotto i seguenti motivi:

1. VIOLAZIONE DELL'ART. 51, COMMA 5, DEL D.P.R. N. 554/1999, atteso che non è stata fatta menzione dell'effettivo rapporto tra il “professionista giovane” – l'Arch. Alessia RICORRENTE CINQUE - ed il raggruppamento. Più precisamente, quest'ultimo non figura come componente “associato”, in linea con la ratio della norma.

2. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS NELLA PARTE IN CUI RICHIEDEVA LA PRESENTAZIONE DI COPIA AUTENTICA DEL CERTIFICATO DELLA CAMERA DI COMMERCIO (ART. 4, PUNTO 1,

LETT. B) E DELL'ATTESTAZIONE SOA (ART. 4, PUNTO 1, LETT. H) E NON DI COPIA SEMPLICE CON DICHIARAZIONE DI CONFORMITA' EX D.P.R. 445/2000. La RICORRENTE srl ha presentato copia semplice – non autentica – del certificato camerale e dell'attestazione SOA, limitandosi ad allegare una dichiarazione di conformità all'originale ex DPR n. 445/2000. Tale società è così incorsa in una violazione della lex specialis comportante l'esclusione. A supporto di tale asserzione depone anche il rilievo che l'attestazione SOA non rientra tra i documenti previsti nell'art. 19 della citata legge.

3. VIOLAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA (ART. 6) NELLA PARTE IN CUI RICHIEDE LA FIRMA DI CIASCUN PROGETTISTA SUL FRONTESPIZIO DELL'OFFERTA TECNICA.

4. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS NELLA PARTE IN CUI PONE IL DIVIETO DEL SUBAPPALTO PER LA CATEGORIA DI LAVORI OS22 CLASS. VI (SEZ. III.1.4. DEL BANDO DI GARA; ART. 4, PUNTO 1 LETT. H DEL DISCIPLINARE). La “RICORRENTE ha”, infatti, “dichiarato di ricorrere al subappalto in caso di aggiudicazione”. Tale circostanza è, comunque, motivo di esclusione, atteso che rende l'offerta diversa dalla lex specialis.

5. VIOLAZIONE DELL'ART. 37 DEL D.LGS. 163/2006 NONCHE' DELL'ART. 95 DEL DPR 554/1999 CON RIFERIMENTO ALLA MANCATA DICHIARAZIONE DI CORRISPONDENZA, DA PARTE DEI PROGETTISTI, FRA LE QUOTE DI PARTECIPAZIONE AL RAGGRUPPAMENTO E I RELATIVI REQUISITI ECONOMICO-FINANZIARI.

In conclusione, il controinteressato ha chiesto, “previo - se occorra – l'accoglimento del ricorso incidentale”, il rigetto del ricorso principale, “in quanto inammissibile, improcedibile e comunque infondato”.

6. In seguito al deposito in data 16 aprile 2010 di documenti, in data 23 aprile 2010 la Regione ha prodotto una memoria, nel cui ambito ha precisato che: - nella dichiarazione sottoscritta dai progettisti “non si specifica affatto che i progettisti medesimi si impegnavano a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza al Dott. Ing. Raffaello RICORRENTE DUE per sottoscrivere il contratto di associazione con il RTI F. RICORRENTE PRINCIPALE – RICORRENTE”; - la cauzione provvisoria prodotta non era conforme né al disciplinare di gara né alle prescrizioni di legge in quanto risulta intestata unicamente alle imprese F. RICORRENTE PRINCIPALE e RICORRENTE e non anche ai progettisti, i quali non potevano non far parte del “raggruppamento concorrente”, specie ove si consideri che si trattava di appalto concorso.

In medesima data anche i ricorrenti hanno prodotto una memoria, ribadendo che: - si tratta di un unico concorrente (il RTI F. RICORRENTE PRINCIPALE e RICORRENTE s.r.l.) che, ai sensi dell’art. 4, punto 4, del Disciplinare, si assocerebbe in RTI con i progettisti (RTP Studio Idrotecnico RICORRENTE DUE), sicché – in caso di aggiudicazione – l’impresa mandataria capogruppo avrebbe stipulato un unico contratto di appalto in nome e per conto proprio, della mandante e dei progettisti associati; - in relazione alla seconda causa di esclusione, non va dimenticato che, con ordinanza n. 943 del 24 febbraio 2010, il Consiglio di Stato ha risolto la questione sulla base di un approccio sostanzialista, ossia dando rilevanza al raggiungimento dello scopo; - anche volendo prescindere dall’approccio sostanzialista, l’esclusione non poteva essere disposta, atteso che solo i concorrenti – e non anche i progettisti – devono prestare la cauzione ai sensi dell’art. 75 d.lgs. n. 163/06.

In ordine ai motivi di esclusione riportati nel ricorso incidentale, ha, poi, affermato che sono meramente defatigatori, in quanto: - non sussiste alcun obbligo di associare il giovane professionista del raggruppamento (è sufficiente la “presenza);

- solo l'omessa produzione della documentazione elencata è causa di esclusione (e non l'omessa produzione con le modalità indicate); - per quanto attiene alla sottoscrizione dei documenti relativi all'offerta tecnica, sussiste difetto di legittimazione attiva del ricorrente incidentale e, in ogni caso, la mancata sottoscrizione di tutte le pagine dell'offerta tecnica, in presenza della firma regolarmente apposta in calce, non toglie efficacia al documento; - non corrisponde al vero che la RICORRENTE ha dichiarato di ricorrere al subappalto; - nella lex specialis non si fa menzione di dichiarazioni di corrispondenza, da parte dei progettisti, tra le quote di partecipazione ed i relativi requisiti economico-finanziari.

7. Il ricorso è stato introitato per la decisione alla pubblica udienza del 29 aprile 2010.

DIRITTO

1. Premesso che non sussistono ragioni per dare precedenza al ricorso incidentale - posto che il controinteressato solleva questioni che, in quanto concernenti l'esclusione dei ricorrenti, sono prive di priorità logica su quelle sollevate con l'atto introduttivo del giudizio - il Collegio ritiene che il ricorso introduttivo sia infondato e, pertanto, vada respinto.

1.1. Come esposto nella narrativa che precede, il gravame in questione investe la legittimità del provvedimento con il quale in data 12 ottobre 2009 la Commissione di gara ha escluso l'“ATI F. RICORRENTE PRINCIPALE Srl-RICORRENTE Srl” dalla procedura “per l'aggiudicazione dell'appalto di lavori di realizzazione delle adduttrici delle reti fognarie e della razionalizzazione della depurazione per il risanamento igienico sanitario nel comprensorio dei Castelli Romani”.

Il provvedimento de quo risulta adottato sulla base delle seguenti, distinte ragioni:

- non si tratta di un concorrente “costituito da un unico soggetto partecipante alla gara, seppure in Associazione Temporanea di Imprese ancora da costituire, ma di

.... due costituende Associazioni Temporanee di Imprese che eseguiranno al 100% i lavori la prima e al 100% servizi di progettazione la seconda, separatamente”;

- “la cauzione provvisoria prodotta è intestata solo alla prima costituenda Associazione e non anche a quella costituenda tra i progettisti e, quindi, non garantisce l’Amministrazione”.

Per quanto attiene alla seconda delle ragioni esposte, i ricorrenti denunciano i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili, in quanto – in sintesi – affermano che solo “i concorrenti (e non i progettisti)” erano tenuti a prestare la cauzione provvisoria, ai sensi dell’art. 75 del d.lgs. n. 163/2006.

Tale censura non è meritevole di condivisione.

1.2. Sulla base delle asserzioni riportate nel ricorso e nelle memorie in seguito prodotte (ove si sostiene la sussistenza di un’unica domanda di partecipazione, “sottoscritta dalla mandataria, dalla mandante e dai singoli progettisti associandi”, ossia la presenza di un unico RTI “costituendo con i progettisti”) e della documentazione allegata, si è indotti ad affermare che, nel caso in esame, anche i progettisti debbono essere qualificati – al pari delle ulteriori imprese del raggruppamento temporaneo, ossia delle imprese tenute ad eseguire i lavori – “soggetti partecipanti alla gara” nell’ambito del costituendo raggruppamento.

Ciò detto, non si ravvisano motivi – in ragione di quanto prescritto dal bando di gara (e, precisamente, dell’art. 6, ove si richiede: “cauzione provvisoria pari al 2% dell’importo a base d’asta a corredo dell’offerta, pena l’esclusione, ai sensi dell’art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006”), dal disciplinare di gara ma anche della normativa che regola la materia – per escludere che detti soggetti fossero tenuti – in quanto tali - a garantire gli obblighi assunti nei confronti dell’amministrazione e, dunque, a costituire la polizza fideiussoria, imposta - a pena di esclusione - dall’art. 75 in esame.

Al riguardo, riveste sicuro carattere dirimente quanto già rilevato dal Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, nella decisione del 4 ottobre 2005, n. 8.

Nell'ambito di tale sentenza risultano, infatti, fissati – previo aggiornamento dei riferimenti normativi nella medesima riportati - i seguenti principi:

- “in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione” (nel caso in esame, anche i “progettisti” risultano impegnati in tal senso – cfr. doc. 4 allegato al ricorso);

- tenuto conto della possibilità – ammessa dall'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 – per i soggetti di cui al precedente art. 34, “anche se non ancora costituiti”, di procedere alla “presentazione di offerte”, il riferimento al fatto dell' “affidatario”, riportato nel successivo art. 75, comma 6, necessariamente include, “in caso di imprese associate, non solo il fatto della capogruppo, ma anche quello delle mandanti. In particolare, ove trattasi di ATI costituenda, comprende, come detto, anzitutto il fatto delle (designate) mandanti che non provvedano ad assolvere l'impegno di conferire, dopo l'aggiudicazione, il mandato collettivo alla designata capogruppo, impedendo quindi la stipula contrattuale”;

- in definitiva, il fideiussore deve “garantire la stazione appaltante non solo dell'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento propedeutico delle offerenti – mandanti e cioè deve garantire l'Amministrazione anche nel caso in cui, per fatto imputabile a tutti, o anche

soltanto a taluno degli offerenti, il mandato non venga rilasciato e, di conseguenza, non emerga un mandatario comune e, quindi, il contratto non possa essere stipulato”.

In sintesi, si tratta di obbligazioni ad attuazione congiunta, le quali non possono che essere garantite con la cauzione provvisoria anche delle imprese che conferiscono il mandato.

Posto che, nel caso in esame, l'ATI F. RICORRENTE PRINCIPALE e RICORRENTE s.r.l. ha dichiarato l'intenzione di associarsi in RTI con un raggruppamento di “progettisti”, costituendo “tra lo Studio Idrotecnico RICORRENTE DUE, il dott. Ing. Roberto RICORRENTE TRE, l'Ing. Andrea RICORRENTE QUATTRO, lo Studio Associato Architetti Stefano RICORRENTE CINQUE e Rita RICORRENTE CINQUE, il geologo Dr. Marco RICORRENTE SEI e l'Ing. Stefano RICORRENTE SETTE”, designando – quale impresa “Capogruppo mandataria” – l'impresa F. RICORRENTE PRINCIPALE SRL, “la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio, della mandante e dei progettisti associati” (cfr. domanda di partecipazione alla gara, all. n. 4 al ricorso – già richiamato), la situazione che – in ultimo – viene a delinearsi è quella di un'ATI costituenda, rispetto alla quale – nonostante la presenza di “progettisti” – non si ravvisano elementi idonei a giustificare un trattamento differenziato dei soggetti coinvolti ai fini della costituzione della cauzione di cui all'art. 75 di cui sopra, ossia elementi atti a supportare un'esimente a favore di alcuni soggetti – in particolare, i “progettisti” – dall'obbligo di presentare la cauzione provvisoria, atteso che:

- come già detto, l'art. 75, comma 6, in esame fa riferimento alla “mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario”;
- dal punto di vista letterale e logico, tale riferimento necessariamente include – in caso di imprese associate – tutte le mandanti, senza possibilità di operare

distinzioni nell'ambito delle stesse. In definitiva, include anche "progettisti", ove configurabili – come nel caso di specie – come "mandanti".

A conferma di quanto rilevato opera – del resto - anche il rilievo che la gara dalla quale i ricorrenti sono stati esclusi è – per definizione espressa - un appalto-concorso.

E', infatti, noto che una tale modalità di scelta del contraente non mira all'acquisizione separata della progettazione, bensì ha essenzialmente per oggetto l'esecuzione della prestazione, secondo la soluzione proposta con l'offerta unitaria (c.d. appalto congiunto alla progettazione).

In altri termini, non va dimenticato che l'appalto-concorso contempla la progettazione in veste non "autonoma" bensì strumentale della esecuzione dell'appalto, sicché - sotto il profilo negoziale - rimane una procedura diretta alla conclusione di un contratto di scambio - che sarà di appalto di opere o servizi (con esclusione, comunque, delle prestazioni di sola progettazione) o di compravendita, a seconda dell'oggetto della prestazione – ma non di appalto d'opera professionale o misto, con le chiare conseguenze che ne derivano in relazione all'unicità della prestazione ed alle connesse obbligazioni e responsabilità da assumere nei confronti dell'Amministrazione.

Accertato che, in ragione degli esposti rilievi, non sussistono ragioni per creare distinzioni nell'ambito dei soggetti che – al fine di partecipare ad un appalto-concorso – intendano riunirsi o consorziarsi, nel caso in esame - caratterizzato dall'intenzione dei ricorrenti di costituire dapprima un'ATI ed un RTP e in seguito un RTI - non si riscontrano, pertanto, motivi per escludere i progettisti – partecipanti al costituendo RTI – dall'obbligo di prestare la cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006.

Rispetto a tale adempimento, l'obbligo di costituire la garanzia di cui all'art. 111 del medesimo d.lgs. – prescritto nell'ambito dell'art. 11 del disciplinare di gara - non

può, dunque, che assumere mero carattere aggiuntivo (e non certo “sostitutivo” – come, del resto, comprovato dall’avverbio “altresì”).

Atteso che la cauzione provvisoria prestata a corredo dell’offerta dei ricorrenti risulta intestata alle imprese F. RICORRENTE PRINCIPALE e RICORRENTE (e non anche al raggruppamento dei progettisti), si perviene, pertanto, alla conclusione che il provvedimento di esclusione impugnato è stato correttamente adottato.

1.3. Ad abundantiam, il Collegio ritiene di non potersi esimere dal precisare che, al fine di accertare il rischio assicurativo traslato o, meglio, di constatare l’oggetto della garanzia fideiussoria prestata, l’importo indicato nella polizza sottoscritta assume valore sicuramente recessivo rispetto all’oggetto della stessa.

Come osservato anche dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione sopra richiamata, la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti dipende, infatti, esclusivamente dall’obbligazione contemplata nel contratto e, dunque, non può prescindere dall’intestazione della garanzia.

Nell’ipotesi di ATI costituente, la polizza – per garantire l’Amministrazione nei termini prescritti dalla legge – deve, “essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara. Diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante”.

Si intende così evidenziare che – stante l’intestazione della cauzione provvisoria di cui si discute esclusivamente alle società F. RICORRENTE PRINCIPALE e RICORRENTE – la stessa cauzione è, comunque, inidonea – a prescindere dal valore “assicurato” nella stessa indicato - a garantire gli obblighi gravanti sui progettisti in veste di “offerenti-mandanti”, ossia a coprire l’importo complessivo dell’appalto.

Del resto, non può essere dimenticato che il valore assicurato non vale a garantire il pagamento della somma allo stesso corrispondente.

Ciò che conta, infatti, è il valore della “cosa assicurata” (artt. 1904 e ss. c.c.), il quale va necessariamente definito in relazione agli interessi patrimoniali dell'assicurato, ossia del soggetto contemplato – in tale veste - nell'assicurazione.

Da tale assunto consegue che la mancata intestazione della cauzione a tutti i partecipanti ad un costituendo RTI non potrà mai garantire l'Amministrazione per l'importo richiesto dalla legge.

2. Tutto ciò premesso, va, pertanto, riscontrato che il provvedimento impugnato non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato.

Da ciò consegue l'inidoneità dei vizi di procedura denunciati – qual è anche la violazione delle previsioni in materia di partecipazione al procedimento – a determinare l'annullamento del provvedimento stesso, a norma dell'art. 21 octies della legge n. 241/90, nel testo innovato dalla legge n. 15/2005.

3. Quanto sopra esposto è sufficiente a determinare il rigetto del ricorso introduttivo del presente giudizio, atteso che, sulla base di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, allorché un atto è fondato su una pluralità di motivi, ha carattere preclusivo all'annullamento la legittimità di almeno uno di essi ove quest'ultimo sia sufficiente a giustificare la decisione amministrativa adottata (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. IV, n. 551/1998; TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 7134/2005).

Nel caso di specie, il provvedimento impugnato è basato – come già detto – su due ragioni: - l'insussistenza di un concorrente costituito da un unico soggetto partecipante alla gara; - la prestazione di una cauzione provvisoria non corrispondente a quella prescritta, in quanto non intestata anche all'associazione costituenda tra i progettisti.

Preso atto della legittimità di una delle ragioni addotte (rectius: l'inadeguatezza della cauzione provvisoria prestata) e dell'idoneità di quest'ultima a supportare la decisione negativa assunta dall'Amministrazione, non può, dunque, procedersi all'annullamento del provvedimento impugnato.

4. La legittimità del provvedimento di esclusione in origine impugnato conduce a dichiarare l'inammissibilità dei motivi aggiunti in seguito proposti per le seguenti ragioni:

- in parte tali motivi sono diretti avverso atti meramente confermativi della predetta esclusione;
- i ricorrenti risultano privi di una posizione legittimante all'impugnazione degli atti di gara. Come di recente ribadito dal Consiglio di Stato, "l'aspettativa del concorrente escluso" non è, infatti, "differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto", ossia in nulla si discosta dall'interesse di fatto di qualsiasi altro operatore (cfr. C.d.S., n. 7443/2009).

5. Sempre sulla base della legittimità del provvedimento di esclusione, oggetto di impugnativa con il ricorso introduttivo del presente giudizio, va, altresì, dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale per carenza di interesse.

Atteso che l'esclusione dalla gara dei ricorrenti è stata correttamente disposta, l'eventuale accoglimento del ricorso in esame – volto a denunciare la sussistenza di ulteriori motivi di esclusione a carico dei predetti - sarebbe, infatti, privo di ogni vantaggio per il controinteressato.

6. Per le ragioni illustrate, il ricorso introduttivo del presente giudizio deve essere respinto, mentre i motivi aggiunti ed il ricorso incidentale in seguito proposti vanno dichiarati inammissibili.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in € 2.500,00 a favore della Regione Lazio ed in € 2.500,00 a favore del Consorzio Cooperative Costruzioni, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione I ter, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 10487/2009:

- respinge il ricorso introduttivo;
- dichiara inammissibili i I motivi aggiunti;
- dichiara inammissibili i II motivi aggiunti;
- dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- condanna i ricorrenti, in solido e con successiva suddivisione interna in parti uguali, al pagamento delle spese di giudizio, così come liquidate in motivazione;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2010

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

IL SEGRETARIO