

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 09/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30010-e-conforme-ai-dettami-di-legge-una-cauzione-provvisoria-prestata-dall-impresa-capogruppo-in-nome-e-per-conto-di-tutti-i-mandanti>

Autore: Lazzini Sonia

E' conforme ai dettami di legge una cauzione provvisoria prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti

C.St. 13.07.2010 n. 4533

E' conforme ai dettami di legge una cauzione provvisoria << prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti>>

Deve, quindi, ritenersi che l'amministrazione abbia illegittimamente escluso l'Ati BETA dalla gara e abbia, di conseguenza, illegittimamente aggiudicato la gara alla quarta classificata.

4

La cauzione è stata, quindi, "prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti", come richiedeva il Capitolato di gara e alcun rilievo escludente può essere attribuito al fatto che nell'atto sia stata citata prima l'Ati e poi le due imprese e alla differenza (solo formale) con la garanzia offerta dalla quarta classificata, che menzionava le due imprese in Ati.

Legittimamente l'amministrazione ha, quindi, sottoposto a verifica, sotto il profilo della cauzione, anche le offerte delle altre imprese rimaste in gara, senza alcuna violazione della sentenza del T.R.G.A. e senza alcuna illegittima regressione della procedura ad una fase anteriore a quella imposta dall'annullamento della prima aggiudicazione.

La Provincia autonoma di Bolzano indiceva una procedura di appalto dei lavori di sistemazione del liceo classico "Beda Weber" di Merano, con importo a base di gara di Euro 7.475.345,80, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara l'appalto veniva aggiudicato alla ALFA Bau AG, capogruppo di ATI con ALFA DUE S.r.l., con punti 90,87, mentre la BETA S.p.a, capogruppo di ATI con Gaetano Ricorrente due S.p.a., si classificava seconda con punti 90,72 e la C.L.E., capogruppo di ATI con Controinteressata due S.r.l, quarta con punti 86,92;

La società BETA impugnava l'aggiudicazione davanti al T.R.G.A. di Bolzano, rilevando che la polizza fideiussoria allegata all'offerta dell'aggiudicataria era priva di qualsiasi indicazione non solo circa l'impresa ALFA DUE S.r.l, futura mandante della costituenda ATI, ma anche circa la natura collettiva della partecipazione alla gara.

Il T.R.G.A., con sentenza n. 178/2008, dichiarava inammissibile il ricorso incidentale proposto dalle ditte ALFA Bau AG e ALFA DUE S.r.l., in quanto depositato tardivamente e accoglieva il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI ALFA Bau AG. in relazione all'unica censura concernente la mancanza nel documento fideiussorio di qualsiasi indicazione relativa alla futura mandante e della qualità di mandataria della ALFA.

Il ricorso in appello proposto dalla ALFA avverso tale sentenza è stato respinto da questa Sezione come da dispositivo n. 168/2010.

A seguito della sentenza n. 178/2008 del T.R.G.A., la Commissione rinnovava il procedimento e, dopo aver esaminato nuovamente tutte le polizze fideiussorie delle partecipanti e verificato che anche le cauzioni provvisorie delle ditte risultanti seconda e terza non corrispondevano a quanto richiesto dal punto 3 del Capitolato condizioni, decideva di escludere anche le ditte BETA AG, capogruppo di ATI con Gaetano Ricorrente due S.p.a, e Ricorrente tre & Figli S.r.l., capogruppo di ATI con Linel S.r.l. e Moriggl S.r.l. e di aggiudicare la gara alla quarta classificata C.L.E. – Cooperativa lavoratori edili, Società cooperativa, capogruppo di ATI con Union S.r.l..

La RICORRENTE – General Construction Company S.p.a. (subentrata nella posizione della BETA S.p.a.) impugnava davanti allo stesso T.R.G.A. di Bolzano tale aggiudicazione e il ricorso veniva respinto con sentenza n. 82/2009.

La RICORRENTE – General Construction Company S.p.a. ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

La Provincia autonoma di Bolzano e il raggruppamento C.L.E. – Cooperativa lavoratori edili, Società cooperativa e Union S.r.l. si costituivano in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

All'odierna udienza la causa veniva trattenuta in decisione.

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

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione da parte di RICORRENTE della rinnovazione di una procedura di appalto indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano, in esecuzione di una sentenza del T.R.G.A. con cui era stato accolto un precedente ricorso della dante causa di RICORRENTE (sentenza poi confermata da questa Sezione).

Con la sentenza del T.R.G.A. n. 178/08 era stata accertata l'illegittimità della prima aggiudicazione all'Ati ALFA per essere stata la cauzione rilasciata in favore della sola mandataria ALFA, senza alcuna citazione dell'Ati e della mandante.

La Provincia ha dato esecuzione a tale pronuncia, sottoponendo a verifica anche le garanzie prestate dalle altre partecipanti ed escludendo dalla gara la seconda e la terza classificata.

RICORRENTE contesta la rinnovazione della procedura sotto un primo profilo di violazione del giudicato, deducendo che l'eccezione della non rispondenza al Capitolato della cauzione prestata da BETA era stata sollevata e non accolta nel giudizio avente ad oggetto la prima aggiudicazione.

La censura non è fondata.

La mancata esclusione della BETA aveva costituito oggetto di un ricorso incidentale proposto dalla impresa ALFA, non esaminato nel merito dal T.R.G.A. perché dichiarato inammissibile per tardività del deposito.

La questione non ha quindi formato oggetto delle statuizioni del T.R.G.A., che non ha neanche esaminato l'eccezione proposta dalla Provincia, ma anzi ha precisato che non poteva essere accolta la domanda diretta alla condanna dell'amministrazione all'aggiudicazione della gara.

Il ricorso è stato quindi accolto "limitatamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione" e respinto nel resto.

Da ciò deriva che non sussisteva alcun obbligo conformativo per la Provincia di aggiudicazione della gara a RICORRENTE, che – come sostenuto dalle appellate – non si era formato alcun giudicato implicito sulla validità della fideiussione presentata da BETA e che la rinnovazione degli atti di gara era rimessa all'amministrazione, ferma restando le necessaria esclusione dell'Ati ALFA.

Legittimamente l'amministrazione ha, quindi, sottoposto a verifica, sotto il profilo della cauzione, anche le offerte delle altre imprese rimaste in gara, senza alcuna violazione della sentenza del T.R.G.A. e senza alcuna illegittima regressione della procedura ad una fase anteriore a quella imposta dall'annullamento della prima aggiudicazione.

Passando all'esame delle censure proposte da RICORRENTE avverso la sua esclusione dalla procedura, si rileva come l'atto impugnato non sia in alcun modo viziato da difetto di motivazione, avendo l'amministrazione chiaramente fatto riferimento alla non rispondenza al Capitolato della cauzione prestata dal raggruppamento BETA.

Il punto centrale della controversia è, quindi, costituito dalla verifica della legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'Ati BETA.

RICORRENTE sostiene che la cauzione era conforme al capitolato e alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza (Cons. Stato, ad. plen., n. 8/2005), essendo stata prestata in favore di tutte le imprese componenti la costituenda Ati, espressamente menzionate nella polizza a differenza della garanzia prestata dalla ALFA.

Il motivo è fondato.

Con la decisione n. 8 del 2008 l'adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha evidenziato che la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

E' stato, quindi, ritenuto che nell'uno e nell'altro caso, 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.

Il fideiussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento 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.

E' stato, dunque, concluso che, soprattutto nel caso di ATI costituenti, la garanzia 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, tutte le volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Nel caso di specie, la lex specialis della gara si è uniformata a tali principi, richiedendo che "la cauzione deve essere prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti".

A differenza della garanzia prestata dalla impresa ALFA, la BETA ha presentato una fideiussione, emessa dalla Cassa di risparmio dell'Alto Adige, che faceva riferimento, fin nell'intestazione e nelle premesse, alla costituenda Ati e alla mandante Gaetano Ricorrente due s.p.a..

Era poi precisato che la cauzione era prestata "nell'interesse della capogruppo - mandataria BETA s.p.a. in nome e per conto dell'Associazione temporanea di imprese: BETA s.p.a. e Gaetano Ricorrente due s.p.a. e a favore della Provincia autonoma di Bolzano" (traduzione della fideiussione prodotta in giudizio).

Deve ritenersi che tale fideiussione fosse idonea a garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento di BETA, ma anche per l'eventuale inadempimento della mandante, espressamente menzionata nella garanzia.

La cauzione è stata, quindi, "prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti", come richiedeva il Capitolato di gara e alcun rilievo escludente può essere attribuito al fatto che nell'atto sia stata citata prima l'Ati e poi le due imprese e alla differenza (solo formale) con la garanzia offerta dalla quarta classificata, che menzionava le due imprese in Ati.

Deve, quindi, ritenersi che l'amministrazione abbia illegittimamente escluso l'Ati BETA dalla gara e abbia, di conseguenza, illegittimamente aggiudicato la gara alla quarta classificata.

4. In conclusione, il ricorso in appello deve essere accolto e, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere accolto il ricorso proposto in primo grado con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Precedenti giurisprudenziali

Anche se la cauzione provvisoria contiene le clausole di "preventiva escussione" e di "pagamento a semplice richiesta scritta", il fatto che comunque sia intestata alla sola capogruppo è comunque fonte di esclusione dalla procedura? e' corretto affermare che debbano essere garantite tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara?

Risulta dunque ininfluenza dedurre che la cauzione stessa contenga le clausole di pagamento "a prima richiesta", di esclusione del previo consenso del garantito e della facoltà di quest'ultimo di proporre eccezioni, nonché di rinuncia da parte del garante ad opporre eccezioni in ordine al pagamento -del resto anch'esse previste dal capitolato condizioni (punto 3)- che, comunque, non esimevano le ditte partecipanti nella veste di costituente ATI dall'obbligo del necessario richiamo, nella garanzia prodotta, alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate. _ La questione è stata già affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato che, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una costituenda ATI, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non solo alla capogruppo designata ma anche alle mandanti _Un tanto perché "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..."._In sostanza, la giurisprudenza ha affermato che le obbligazioni ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, sono, nel caso di ATI costituenti, sia quella finale della capogruppo alla sottoscrizione del contratto, sia quella propedeutica delle mandanti di conferire, dopo l'aggiudicazione del contratto, il mandato collettivo alla designata capogruppo, in difetto del quale il contratto non potrebbe essere stipulato._Da un tanto consegue che il fideiussore deve richiamare espressamente la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente, in modo tale che venga garantita non solo l'eventuale mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 178 del 16 maggio 2008 emessa dal Tar Provincia Autonoma di Bolzano

< In base alle prescrizioni del capitolato condizioni, le ditte partecipanti alla gara erano tenute a far pervenire alla Provincia autonoma di Bolzano un plico contenente tre buste rispettivamente denominate "Busta A: Documentazione amministrativa", "Busta B: Documentazione tecnica" e "Busta C: Offerta economica".

In particolare, per quanto qui d'interesse, il capitolato prescrizioni della gara disponeva espressamente che "nella busta "A documentazione amministrativa" dovranno essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: ... (.....) ... 3. La cauzione provvisoria ... da costituire esclusivamente tramite : a) garanzia bancaria..... b) in contanti sul conto....

In caso di riunione di imprese, la predetta cauzione deve essere prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti".

Come censurato dalle ricorrenti principali, la garanzia bancaria prodotta dalla aggiudicataria nella suddetta "Busta A" è stata rilasciata dalla Südtiroler Volksbank "für Rechnung und im Auftrage der Firma BETA AG", e non reca indicazione alcuna né della natura collettiva della partecipazione alla gara (trattandosi di costituenda ATI) né della mandante BETABIS S.r.l.

La questione è stata già affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato che, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una costituenda ATI, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non solo alla capogruppo designata ma anche alle mandanti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 4 ottobre 2005, n. 8).

Un tanto perché "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...".

In sostanza, la giurisprudenza ha affermato che le obbligazioni ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, sono, nel caso di ATI costituenti, sia quella finale della capogruppo alla sottoscrizione del contratto, sia quella propedeutica delle mandanti di conferire, dopo l'aggiudicazione del contratto, il mandato collettivo alla designata capogruppo, in difetto del quale il contratto non potrebbe essere stipulato.

Da un tanto consegue che il fideiussore deve richiamare espressamente la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente, in modo tale che venga garantita

non solo l'eventuale mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara

La cauzione provvisoria presentata dalla BETA AG non risponde, pertanto, ai suddetti requisiti, atteso che essa risulta intestata soltanto alla BETA AG e non fa menzione alcuna della natura collettiva della partecipazione alla gara.

Si tratta, peraltro, della violazione di una specifica disposizione del capitolato condizioni, espressamente sanzionata con l'esclusione.

Risulta dunque ininfluenza dedurre che la cauzione stessa contenga le clausole di pagamento "a prima richiesta", di esclusione del previo consenso del garantito e della facoltà di quest'ultimo di proporre eccezioni, nonché di rinuncia da parte del garante ad opporre eccezioni in ordine al pagamento -del resto anch'esse previste dal capitolato condizioni (punto 3)- che, comunque, non esimevano le ditte partecipanti nella veste di costituende ATI dall'obbligo del necessario richiamo, nella garanzia prodotta, alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate.

Conseguentemente, attesa la fondatezza della censura dedotta in giudizio, il ricorso va accolto limitatamente, però, all'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione, atteso che, trattandosi di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa e, pertanto, connotata da ampia discrezionalità tecnica dell'autorità di gara, la domanda tesa alla condanna dell'autorità di gara ad aggiudicare l'appalto alle ricorrenti non può essere accolta.>

SI LEGGA ANCHE

In caso di Ati non servono le firme delle partecipanti

In caso di Ati è necessario che la cauzione provvisoria sia intestata alla capogruppo e a tutte le partecipanti il raggruppamento senza però che queste ultime debbano anche sottoscrivere la garanzia

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente

Una polizza fideiussoria provvisoria, intestata alla sola capogruppo designata e non anche alla mandante, può ritenersi utile a costituire la cauzione provvisoria, richiesta per la partecipazione alla gara in relazione all'art. 30, comma 1, della legge n. 109/1994 s.m.i.?

Vediamo qual è il parere espresso dal Consiglio di Stato nell'Adunanza plenaria numero 8 del 4 ottobre 2005:

Intanto una premessa di carattere meramente teorico:

<va sottolineato che la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione

principale. Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive. Si tratta quindi di stabilire, quanto al caso di specie, quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria>

In caso di Ati, per quanto concerne il rischio della mancata sottoscrizione del contratto:

< 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 associate, 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>

Pertanto:

< Il fidejussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'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.

Le obbligazioni, ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, quanto alle ATI costituenti sono dunque quella finale della capogruppo (la sottoscrizione del contratto) e quella propedeutica delle mandanti di conferire il mandato>

In caso di Ati, per quanto concerne il rischio del mancato possesso dei requisiti autodichiarati :

< Quanto agli ulteriori impegni, oggetto della cauzione provvisoria, è stato osservato in giurisprudenza che essa svolge una duplice funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto **sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa** prescritti dal bando o dalla lettera di invito

Va richiamato a quest'ultimo riguardo l'art. 10 comma 1quater della legge n. 109/94 e successive modificazioni, che prevede, tra l'altro, la escussione della cauzione, nella ipotesi in cui, in sede di verifica da parte della stazione appaltante, l'impresa concorrente non provi ovvero non confermi le dichiarazioni contenute, in ordine ai detti requisiti, nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

Analoga garanzia è usualmente prevista anche nei cosiddetti "patti di integrità" in cui le parti si impegnano a tenere comportamenti anticorruzione nonché a non creare, direttamente o indirettamente, ovvero a tollerare accordi che possano falsare la regolarità della aggiudicazione della gara e/o influire sulla corretta esecuzione dell'appalto (v. C.d.S. Sez. V 24 marzo 2005, n. 1258 e 28 giugno 2004 n. 4789). >

ritenuto che, in caso di partecipazione soggettivamente composita, la garanzia fideiussoria deve concernere espressamente tutti i soggetti che intendono partecipare all'associazione temporanea candidata all'aggiudicazione di una pubblica gara (mandante e mandataria), mentre nel caso di specie la polizza allegata non ha rispettato tale essenziale condizione;>

a cura di Sonia LAzzini

riportiamo qui di seguito la decisione numero 4533 del 13 luglio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 04533/2010 REG.DEC.

N. 02810/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2810 del 2009, proposto da:
Ricorrente Construction Company Spa e Gaetano Ricorrente due Spa, in Pr. e Q.
componenti Ati, rappresentate e difese dagli avv. Gernot Rossler, Maria
Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in
Roma, corso Vittorio Emanuele II,349;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, rappresentata e difesa dagli avv. Stephan
Beikircher, Michele Costa, Laura Fadanelli, Maria Larcher, con domicilio eletto
presso Michele Costa in Roma, via Bassano del Grappa N.24;

nei confronti di

Controinteressata-Cooperativa Lavoratori Edili Soc. Coop. e Controinteressata due Srl, in Pr. e q. componenti Ati, rappresentate e difese dagli avv. Alessandro Fabbrini, Arturo Knering, Michela Reggio D'Aci, con domicilio eletto presso Michela Reggio D'Aci in Roma, via degli Scipioni,288;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 00082/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI SISTEMAZIONE LICEO CLASSICO "BEDA WEBER" DI MERANO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2010 il Cons. Roberto Chieppa e uditi per le parti gli avvocati Sandulli, Costa e Knering;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. La Provincia autonoma di Bolzano indiceva una procedura di appalto dei lavori di sistemazione del liceo classico "Beda Weber" di Merano, con importo a base di gara di Euro 7.475.345,80, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara l'appalto veniva aggiudicato alla ALFA Bau AG, capogruppo di ATI con ALFA DUE S.r.l., con punti 90,87, mentre la BETA S.p.a, capogruppo di ATI con Gaetano Ricorrente due S.p.a., si classificava seconda con punti 90,72 e la C.L.E., capogruppo di ATI con Controinteressata due S.r.l, quarta con punti 86,92; La società BETA impugnava l'aggiudicazione davanti al T.R.G.A. di Bolzano, rilevando che la polizza fideiussoria allegata all'offerta dell'aggiudicataria era priva

di qualsiasi indicazione non solo circa l'impresa ALFA DUE S.r.l, futura mandante della costituenda ATI, ma anche circa la natura collettiva della partecipazione alla gara.

Il T.R.G.A., con sentenza n. 178/2008, dichiarava inammissibile il ricorso incidentale proposto dalle ditte ALFA Bau AG e ALFA DUE S.r.l., in quanto depositato tardivamente e accoglieva il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI ALFA Bau AG. in relazione all'unica censura concernente la mancanza nel documento fideiussorio di qualsiasi indicazione relativa alla futura mandante e della qualità di mandataria della ALFA.

Il ricorso in appello proposto dalla ALFA avverso tale sentenza è stato respinto da questa Sezione come da dispositivo n. 168/2010.

A seguito della sentenza n. 178/2008 del T.R.G.A., la Commissione rinnovava il procedimento e, dopo aver esaminato nuovamente tutte le polizze fideiussorie delle partecipanti e verificato che anche le cauzioni provvisorie delle ditte risultanti seconda e terza non corrispondevano a quanto richiesto dal punto 3 del Capitolato condizioni, decideva di escludere anche le ditte BETA AG, capogruppo di ATI con Gaetano Ricorrente due S.p.a, e Ricorrente tre & Figli S.r.l., capogruppo di ATI con Linel S.r.l. e Moriggl S.r.l. e di aggiudicare la gara alla quarta classificata C.L.E. – Cooperativa lavoratori edili, Società cooperativa, capogruppo di ATI con Union S.r.l..

La RICORRENTE – General Construction Company S.p.a. (subentrata nella posizione della BETA S.p.a.) impugnava davanti allo stesso T.R.G.A. di Bolzano tale aggiudicazione e il ricorso veniva respinto con sentenza n. 82/2009.

La RICORRENTE – General Construction Company S.p.a. ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

La Provincia autonoma di Bolzano e il raggruppamento C.L.E. – Cooperativa lavoratori edili, Società cooperativa e Union S.r.l. si costituivano in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

All'odierna udienza la causa veniva trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione da parte di RICORRENTE della rinnovazione di una procedura di appalto indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano, in esecuzione di una sentenza del T.R.G.A. con cui era stato accolto un precedente ricorso della dante causa di RICORRENTE (sentenza poi confermata da questa Sezione).

Con la sentenza del T.R.G.A. n. 178/08 era stata accertata l'illegittimità della prima aggiudicazione all'Ati ALFA per essere stata la cauzione rilasciata in favore della sola mandataria ALFA, senza alcuna citazione dell'Ati e della mandante.

La Provincia ha dato esecuzione a tale pronuncia, sottoponendo a verifica anche le garanzie prestate dalle altre partecipanti ed escludendo dalla gara la seconda e la terza classificata.

RICORRENTE contesta la rinnovazione della procedura sotto un primo profilo di violazione del giudicato, deducendo che l'eccezione della non rispondenza al Capitolato della cauzione prestata da BETA era stata sollevata e non accolta nel giudizio avente ad oggetto la prima aggiudicazione.

La censura non è fondata.

La mancata esclusione della BETA aveva costituito oggetto di un ricorso incidentale proposto dalla impresa ALFA, non esaminato nel merito dal T.R.G.A. perché dichiarato inammissibile per tardività del deposito.

La questione non ha quindi formato oggetto delle statuizioni del T.R.G.A., che non ha neanche esaminato l'eccezione proposta dalla Provincia, ma anzi ha precisato che non poteva essere accolta la domanda diretta alla condanna dell'amministrazione all'aggiudicazione della gara.

Il ricorso è stato quindi accolto "limitatamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione" e respinto nel resto.

Da ciò deriva che non sussisteva alcun obbligo conformativo per la Provincia di aggiudicazione della gara a RICORRENTE, che – come sostenuto dalle appellate – non si era formato alcun giudicato implicito sulla validità della fideiussione presentata da BETA e che la rinnovazione degli atti di gara era rimessa all'amministrazione, ferma restando le necessaria esclusione dell'Ati ALFA.

Legittimamente l'amministrazione ha, quindi, sottoposto a verifica, sotto il profilo della cauzione, anche le offerte delle altre imprese rimaste in gara, senza alcuna violazione della sentenza del T.R.G.A. e senza alcuna illegittima regressione della procedura ad una fase anteriore a quella imposta dall'annullamento della prima aggiudicazione.

3. Passando all'esame delle censure proposte da RICORRENTE avverso la sua esclusione dalla procedura, si rileva come l'atto impugnato non sia in alcun modo viziato da difetto di motivazione, avendo l'amministrazione chiaramente fatto riferimento alla non rispondenza al Capitolato della cauzione prestata dal raggruppamento BETA.

Il punto centrale della controversia è, quindi, costituito dalla verifica della legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'Ati BETA.

RICORRENTE sostiene che la cauzione era conforme al capitolato e alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza (Cons. Stato, ad. plen., n. 8/2005), essendo stata prestata in favore di tutte le imprese componenti la costituenda Ati, espressamente menzionate nella polizza a differenza della garanzia prestata dalla ALFA.

Il motivo è fondato.

Con la decisione n. 8 del 2008 l'adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha evidenziato che la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento

da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

E' stato, quindi, ritenuto che nell'uno e nell'altro caso, 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 associate, 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.

Il fideiussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento 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.

E' stato, dunque, concluso che, soprattutto nel caso di ATI costituite, la garanzia 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, tutte le volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Nel caso di specie, la lex specialis della gara si è uniformata a tali principi, richiedendo che "la cauzione deve essere prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti".

A differenza della garanzia prestata dalla impresa ALFA, la BETA ha presentato una fideiussione, emessa dalla Cassa di risparmio dell'Alto Adige, che faceva riferimento, fin nell'intestazione e nelle premesse, alla costituenda Ati e alla mandante Gaetano Ricorrente due s.p.a..

Era poi precisato che la cauzione era prestata "nell'interesse della capogruppo – mandataria BETA s.p.a. in nome e per conto dell'Associazione temporanea di imprese: BETA s.p.a. e Gaetano Ricorrente due s.p.a. e a favore della Provincia autonoma di Bolzano" (traduzione della fideiussione prodotta in giudizio).

Deve ritenersi che tale fideiussione fosse idonea a garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento di BETA, ma anche per l'eventuale inadempimento della mandante, espressamente menzionata nella garanzia.

La cauzione è stata, quindi, "prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti", come richiedeva il Capitolato di gara e alcun rilievo escludente può essere attribuito al fatto che nell'atto sia stata citata prima l'Ati e poi le due imprese e alla differenza (solo formale) con la garanzia offerta dalla quarta classificata, che menzionava le due imprese in Ati.

Deve, quindi, ritenersi che l'amministrazione abbia illegittimamente escluso l'Ati BETA dalla gara e abbia, di conseguenza, illegittimamente aggiudicato la gara alla quarta classificata.

4. In conclusione, il ricorso in appello deve essere accolto e, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere accolto il ricorso proposto in primo grado con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Alla soccombenza delle parti appellate seguono le spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado e annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna le parti appellate in solido alla rifusione, in favore delle appellanti, delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella complessiva somma di Euro 8.000,00, oltre Iva e C.P..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/07/2010

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

Il Dirigente della Sezione