

T.A.R. Lazio, sez. II, 31 ottobre 2003, n. 9356, Domenico

Pres. LA MEDICA; Est. GIORDANO Soc. Fenice Restauri c. Min. beni culturali e altro

1. Ai sensi dell'art. 108 d.P.R. n. 554 del 1999, nel caso di partecipazione alla gara di una costituenda associazione temporanea di imprese la polizza fideiussoria deve essere intestata a tutte le interessate, mandanti e mandataria, anche se sottoscritte solo da quest'ultima: deve pertanto essere esclusa dalla gara - ove sia espressamente comminato dal bando - l'ATI che abbia presentato la fideiussione carente sotto questo profilo.

SENTENZA

sul ricorso n. **1253/2003** proposto da **FENICE RESTAURI s.r.l.**, in persona del Presidente e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luca Nicoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via G. Mercalli n.15;

c o n t r o

MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI – Soprintendenza Archeologica di Roma, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e per legge domiciliato presso i suoi uffici in Roma, Via dei Portoghesi n.12;

e nei confronti di

SOCIETA' COOPERATIVA C.AR.E.C.A. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con la ditta Blerana Edile s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo Ratano ed elettivamente domiciliata in Roma, Via Tevere n.15;

BLERANA EDILE s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandante dell'ATI con la Società cooperativa C.AR.E.C.A. a r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del verbale di gara del 28-29 novembre 2002 (e relativi allegati), redatto dalla Commissione incaricata della procedura indetta per l'affidamento dell'appalto dei "*lavori di scavo archeologico per la realizzazione di un nuovo accesso alla Domus Aurea nel complesso della sala Ottagonale, consolidamenti*", limitatamente alla parte in cui non sono state escluse dalla gara le società C.AR.E.C.A. a r.l. e Blerana Edile;

dello stesso verbale, limitatamente alla parte in cui le suddette imprese sono state classificate prime nella graduatoria di gara e dichiarate aggiudicatarie dei lavori;

della successiva nota n.37182 del 3 dicembre 2002, con cui veniva comunicata a dette imprese l'aggiudicazione dell'appalto;

del provvedimento, di estremi sconosciuti, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara alle ditte sopra menzionate;

di ogni altro atto presupposto, consequenziale o, comunque, connesso, ivi compreso l'intervenuto contratto d'appalto, di estremi sconosciuti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti resistenti;

Vista la memoria prodotta dalla ricorrente a sostegno della propria pretesa;

Visto l'atto per motivi aggiunti prodotto da parte ricorrente;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, per la pubblica udienza del 16/4/2003, il Cons. Francesco Giordano;

Uditi, altresì, l'avv. L. Nicoletti per la società ricorrente, l'avv. dello Stato Bagosi per l'amministrazione resistente e l'avv. P. Fabi su delega dell'avv. C. Ratano per la controinteressata Coop. Careca r.l.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Le ditte partecipanti all'asta pubblica, indetta per l'affidamento dei *“lavori di scavo archeologico per la realizzazione di un nuovo accesso alla Domus Aurea nel complesso della sala ottagonale, consolidamenti”*, dovevano presentare, a norma del bando, una cauzione provvisoria ex art. 30, comma 1 della legge n. 109/94 (e successive modifiche ed integrazioni), nei modi e nei termini di cui agli artt. 107 e 108 del D.P.R. n. 554/99.

Alla gara, svoltasi il 28 ed il 29 novembre 2002, partecipavano, tra le altre, l'odierna ricorrente e le ditte controinteressate.

Veniva dichiarata aggiudicataria la costituenda ATI fra le società cooperative C.AR.E.C.A. e BLERANA, mentre la ricorrente si classificava al secondo posto in graduatoria.

Avverso gli atti indicati in epigrafe l'intestata società ha proposto l'odierno gravame, affidandolo ai seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione degli atti di gara, dell'art.108 del D.P.R. n. 554/99, dell'art. 30, comma 1 della legge 109/94. Eccesso di potere sotto tutte le sue figure sintomatiche. Irrazionalità. Contraddittorietà. Omessa e carente motivazione.

Si assume doverosa l'esclusione dalla gara delle società controinteressate, le quali hanno partecipato alla procedura come costituenda ATI verticale, di cui la C.AR.E.C.A. nel ruolo di mandataria e la BLERANA in quello di mandante

incaricata di svolgere le lavorazioni specialistiche della categoria, dichiarata dal bando espressamente *scorporata non subappaltabile* (OS25).

Ciò in quanto la polizza fideiussoria (cauzione provvisoria), presentata dal costituendo raggruppamento, avrebbe dovuto essere intestata ad entrambe le società, con l'indicazione della quota di partecipazione delle stesse alla futura ATI.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art.30 della legge 109/94.

Si ritiene indispensabile, ai fini di certezza sia della cauzione provvisoria che di quella definitiva, che i soggetti contraenti siano esattamente identificati e, quindi, nel caso di costituende ATI, risultino espressamente individuati e menzionati nella polizza.

3) Eccesso di potere sotto tutte le figure sintomatiche. Carenza assoluta di motivazione. Irrazionalità. Carenza di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza.

Si ravvisa un ulteriore vizio della gara *de qua* nella circostanza che la stazione appaltante ha ommesso di rilevare l'evidenziata violazione delle richiamate disposizioni.

Con successivo atto per **motivi aggiunti** l'istante ha impugnato, per le medesime ragioni di doglianza evidenziate nel ricorso introduttivo, il contratto di appalto sottoscritto in data 13/2/2003 ed ogni altro atto presupposto, consequenziale e, comunque, connesso, ivi compresi, per quanto occorrer possa, il verbale redatto dal R.U.P. ed il processo verbale di consegna dei lavori del 20/3/2003.

Nei loro scritti difensivi le parti resistenti hanno controdedotto alle censure avversarie, opponendosi all'accoglimento del ricorso, con ogni conseguenziale pronuncia anche in ordine alle spese.

Ha replicato l'istante insistendo nelle domande proposte, con vittoria di spese, competenze ed onorari.

Con ordinanza n. 1006 del 26 febbraio 2003 l'istanza cautelare è stata respinta dalla Sezione giudicante.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

In via preliminare il Collegio precisa che non può tener conto della memoria avverso i motivi aggiunti, redatta in data 14 aprile 2003 dalla società controinteressata, atteso che la ricorrente ne ha esattamente eccepito la tardività rispetto al giorno fissato per l'odierna udienza di merito.

Quanto al problema di fondo sul quale è incentrata la presente impugnativa, l'organo giudicante ritiene fondate le assorbenti censure dedotte nel **primo** e nel **secondo** mezzo di gravame.

Appare, invero, da condividere l'assunto dell'istante, secondo cui la polizza fideiussoria, rilasciata il 21/11/2002 dalla Compagnia Generale Finanziaria s.p.a. di Roma, avrebbe dovuto essere intestata ad entrambe le società del costituendo raggruppamento verticale, con l'indicazione della quota di partecipazione delle stesse alla futura ATI.

In effetti, è prescritto (art.108 del D.P.R. n. 554/99) che, in caso di riunione dei concorrenti, le garanzie fideiussorie ed assicurative devono essere presentate, su mandato irrevocabile, dall'impresa mandataria o capogruppo in nome e per

conto di tutti i concorrenti, con indicazione delle responsabilità *pro quota* nell'ipotesi di raggruppamenti verticali.

Se, dunque, le garanzie richieste sono così rigorose e puntuali nel caso di ATI già costituite, laddove il vincolo associativo e l'adempimento solidale degli obblighi contrattuali sono *ab origine* assicurati, in linea di principio, dal mandato irrevocabile conferito alla società designata quale capogruppo, *a fortiori* deve ritenersi necessario, allo scopo di offrire una garanzia piena ed affidabile alla stazione appaltante, che le società partecipanti ad una gara con l'intento di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese, rendano palese tale volontà associativa mediante la presentazione di una polizza, se non sottoscritta da tutte (come è richiesto nel caso dell'offerta economica – cfr. bando di gara, pag 7), quantomeno **intestata** a tutte le interessate, mandante/i e mandataria, anche se sottoscritta soltanto da quest'ultima.

Non si può, infatti, pretendere che la funzione di garanzia esplicita dalla fideiussione si intenda, tacitamente o implicitamente, estesa a favore di un soggetto non contemplato nel contratto e, quindi, non ricompreso nell'obbligo prestato personalmente dal fideiussore a favore esclusivamente di un altro soggetto (argom. ex art. 1937 cod. civ.).

Risulta, perciò, evidente che al fideiussore non può imputarsi alcuna responsabilità per il rischio connesso alla partecipazione alla procedura concorsuale di una costituenda ATI verticale, neppure menzionata nella polizza in questione.

L'esigenza, dunque, della cointestazione della polizza fideiussoria a tutte le imprese del raggruppamento non ancora costituito, si traduce nella necessità di riferire l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore a tutte le imprese che

costituiranno il raggruppamento, ove si consideri che altrimenti si verifica un'evidente menomazione nel contenuto della garanzia rispetto a quello voluto dal legislatore (cfr. C.G.A., 11 giugno 2002, n. 311).

Ed è proprio quello che è accaduto nel caso di specie, ove, appunto, la polizza assicurativa è stata intestata alla sola cooperativa C.AR.E.C.A. a r.l., per la partecipazione all'asta pubblica *de qua*, senza il minimo accenno al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con altra società ed alla sua posizione di società mandataria della futura ATI verticale.

Sicchè, non può revocarsi in dubbio che la prestata cauzione provvisoria vincoli il fideiussore, soltanto con riferimento alla partecipazione alla gara della società cooperativa C.AR.E.C.A., **singolarmente** considerata, e non possa minimamente dispiegarsi anche a favore della società Blerana Edile a r.l., che nell'atto non figura neppure indirettamente, con richiamo al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese.

In proposito, il Collegio ritiene di non doversi discostare da quell'indirizzo giurisprudenziale che ravvisa la necessità di una cauzione **riferibile** a tutte le imprese partecipanti alla costituenda ATI, in guisa che l'esattezza dell'obbligo di prestare cauzione deve essere valutata non già alla stregua della pedissequa sottoscrizione dell'atto da parte di tutte le imprese interessate, bensì in base al **contenuto** della garanzia, nel senso che dalla polizza assicurativa risulti univocamente che la garanzia stessa è prestata a favore della costituenda ATI o, comunque, di tutte le imprese destinate a confluire nella stessa, con copertura, per tutte queste ultime, del rischio di "mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario", di cui all'art. 30, comma 1° della legge

n. 109/94 (cfr. TAR Lazio, Sez. 3 ter, n. 13293/2002; TAR Sicilia, Palermo, Sezione II, 28 dicembre 2001, n. 2332 e 1 marzo 2001, n. 326).

D'altronde, la correttezza di un tale assunto ermeneutico trae conforto dalla condivisibile considerazione che, mentre nell'ipotesi di ATI già costituita, con mandato formale già conferito, la capogruppo nello stipulare la polizza fideiussoria agisce in nome e per conto anche delle imprese mandanti, con effetti vincolanti per queste ultime e senza che il fideiussore possa opporre alcuna eccezione o obiezione, nella diversa ipotesi in cui l'associazione sia, come nella specie, solo costituenda, ciascuna delle imprese agisce in nome e per conto proprio, ancorchè in vista di un dichiarato fine associativo comune.

Sicchè, quando la fideiussione sia stata prestata in favore di una soltanto delle imprese raggruppande, e (in caso di aggiudicazione) la mancata sottoscrizione del contratto d'appalto sia in ipotesi imputabile a quella non inserita (né direttamente, né attraverso il riferimento all'A.T.I.) nella polizza fideiussoria, diventa del tutto incerta e, comunque, non più irrefragabilmente assicurata la possibilità di escutere con esito favorevole il fideiussore, il quale potrebbe a buona ragione opporre che l'inadempimento non è dovuto a fatto proprio dell'impresa garantita (cfr., in termini, TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, n. 2332/01, cit.).

Poichè, dunque, la polizza presentata dalla C.AR.E.C.A. non poteva ritenersi conforme alle prescrizioni del bando di gara, il quale espressamente richiamava l'art. 30 della legge n. 109/94 e l'art. 108 del D.P.R. n. 554/99, le società controinteressate avrebbero dovuto essere **escluse** dalla gara, atteso che il bando stesso prevedeva la comminatoria dell'esclusione nell'ipotesi di

manca o incompletezza o riconosciuta non validità anche di uno solo dei documenti richiesti (cfr. pag.7).

Da quanto sopra discende che il ricorso, con assorbimento delle residue censure, va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento sia degli atti impugnati con il ricorso originario, sia di quelli, meramente consequenziali, aggrediti con i motivi aggiunti.

Avuto, poi, riguardo alla circostanza che la ricorrente si è classificata al **secondo** posto della graduatoria dei partecipanti alla gara e che, come si evince dalla tabella (*ex adverso* non contestata) riportata nella memoria difensiva redatta in data 8 aprile 2003 (cfr. pag.18), la medesima va a collocarsi al **primo** posto dopo il ricalcolo della soglia di anomalia conseguente all'esclusione dell'ATI C.AR.E.C.A., può farsi luogo all'accoglimento della domanda di **reintegrazione in forma specifica**, disponendo che la stazione appaltante adotti, senza indugio, tutti i provvedimenti necessari a consentire l'aggiudicazione e l'esecuzione, anche parziale, dell'appalto a favore della ditta ricorrente.

Quanto alle spese, si ritiene che le stesse possano essere integralmente compensate fra le parti del giudizio.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione seconda, **accoglie** il ricorso meglio specificato in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti complessivamente impugnati, disponendo il risarcimento del danno a carico dell'Amministrazione soccombente ed a favore della società ricorrente, secondo le modalità.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II, nella Camera di Consiglio del 16 aprile 2003, con l'intervento dei signori Magistrati:

Domenico LA MEDICA Presidente

Francesco GIORDANO Consigliere rel. estensore

Roberto CAPUZZI Consigliere

IL PRESIDENTE

IL CONSIGLIERE ESTENSORE