

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere, necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti: diversamente opinando, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante per tutti i casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

In tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria in caso di ati, merita sottolineare quanto sancito dal Tar Lombardia, Milano, con la sentenza numero 1876 del 20 aprile 2007:

<In proposito il collegio ritiene, infatti, di aderire all'opinione manifestata dal Supremo Consesso amministrativo con la decisione n. 8 del 4 ottobre 2005, resa in adunanza plenaria, alla cui motivazione si riporta integralmente e secondo la quale, in definitiva, nel caso in cui una costituenda riunione temporanea di imprese venga a costituire con la fideiussione la cauzione provvisoria, il soggetto garantito non è l'associazione temporanea di impresa (a.t.i.) nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite, invece, 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 all'impresa designata capogruppo che stipulerà il contratto con l'amministrazione.>

ma vi è di più

< Il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento>

quindi

<Nella fattispecie all'esame, dunque è illegittima l'ammissione dell'A.T.I. ricorrente, avendo la stessa presentato come cauzione provvisoria una fideiussione bancaria rilasciata esclusivamente a garanzia delle obbligazioni di un'impresa all'epoca sprovvista dei poteri rappresentativi dell'altra partecipante r.l. perché l'A.T.I. non si era ancora costituita, fideiussione nella quale, oltretutto, non si rinveniva alcun riferimento nemmeno all'A.T.I. costituenda>

a cura di Sonia LAzzini

Sentenza n.1876 depositata il 19.4.2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – prima sezione - ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2973/2006 proposto da

** DISTRIBUZIONE S.R.L.,

in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la

** GESTIONI S.R.L.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Vito Salvadori, Alberto Salvadori e Aldo Bozzi ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'ultimo in Milano, l.go Schuster, n. 1;

contro

COMUNE DI PERO,

non costituitosi in giudizio;

e nei confronti di

** S.P.A.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giorgio Tarzia e Giuseppe Franco Ferrari ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Milano, c.so Vittorio Emanuele II, n. 15;

per l'annullamento

della determinazione n. 450 del 10 ottobre 2006 con la quale si è proceduto alla approvazione dei nuovi verbali di gara, alla revoca della aggiudicazione definitiva alla ATI Nuove Energie – AEM e alla nuova aggiudicazione definitiva a favore della ** S.p.A. della licitazione privata indetta dal comune di Pero per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio comunale e di ogni provvedimento presupposto, connesso e conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata;

Visti i due ricorsi incidentali proposti dalla ** S.p.A.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito il primo ref. Elena Quadri, designato relatore per l'udienza del 4.4.2007;

Uditi i difensori delle parti;

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

L'odierna ricorrente, in seguito all'esclusione dalla gara della ** S.p.A. ed alla valutazione delle offerte rimaste in gara, era risultata aggiudicataria della procedura in questione, concernente l'affidamento del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio del comune di Pero.

L'*** S.p.A. impugnava il provvedimento di esclusione e di aggiudicazione definitiva della gara all'ATI ** Distribuzione S.r.l.- ** Gestioni S.r.l. rispettivamente con ricorsi rubricati ai nn. di R.G. 1089/2006 e 1965/06.

In seguito alla reiezione dell'istanza cautelare proposta da ** nel ricorso n. 1089/2006 con ordinanza n. 1034/2006 del 27.4.2006 da parte della sezione terza di questo Tribunale ed all'impugnazione di tale ordinanza, la sezione quinta del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 3820 del 25.7.2006, accoglieva l'appello sospendendo l'esecuzione del provvedimento di esclusione dell'***.

L'amministrazione comunale, con determinazione n. 450 del 10.10.2006, revocava in via di autotutela la precedente aggiudicazione n. 255 del 5.6.2006 avvenuta a favore della controinteressata ATI ** Distribuzione S.r.l.- ** Gestioni S.r.l. e contestualmente aggiudicava alla ** S.p.A. la procedura in questione, previa ammissione alla gara della stessa, stipulando con la medesima il contratto in data 15.11.2006, senza condizionare in alcun modo gli effetti di tali determinazioni alla decisione nel merito dei suddetti ricorsi.

Con sentenza n. del resa previa riunione sui succitati ricorsi R.G. nn. 1089/2006 e 1965/06 questa sezione dichiarava, dunque, l'improcedibilità delle impugnazioni proposte da ** S.p.A. per sopravvenuta carenza di interesse.

Con il presente gravame l'ATI ** Distribuzione S.r.l.- ** Gestioni S.r.l. impugna il nuovo provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore dell'*** e di revoca della precedente aggiudicazione indicato in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

1. Violazione delle regole di gara e del principio di continuità della gara; eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti manifestazioni e per difetto di presupposto.
2. Eccesso di potere per violazione del principio della competitività e della par condicio tra concorrenti.
3. Violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990.
4. Violazione dell'art. 4 della legge di gara; violazione del principio dell'equo procedimento.
5. Eccesso di potere per irragionevolezza e sviamento di potere; violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 per difetto di motivazione.
6. Errata istruttoria – difetto di presupposti - violazione dell'art. 25 del d.lgs. n. 158/1995 – anomalia dell'offerta – violazione dell'art. 5 della lex specialis – illogicità manifesta – difetto di motivazione per violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990.
7. Violazione dell'art. 2 punto B (offerte tecnica e qualitativa) della lex specialis – eccesso di potere per irragionevolezza e sviamento di potere – violazione del principio dell'equo procedimento.

Si è costituita la società controinteressata, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del gravame per acquiescenza, atteso che la ricorrente, prima di proporre la presente impugnazione, aveva richiesto lo svincolo della cauzione provvisoria presentata e chiedendo, comunque, che il ricorso sia respinto per infondatezza nel merito.

L'*** ha, altresì, proposto ricorso incidentale contestando l'ammissione alla procedura dell'ATI ** Distribuzione S.r.l.- ** Gestioni S.r.l. per i seguenti motivi:

1. Mancata determinazione delle quote-parti del servizio di distribuzione del gas a carico di ciascuna delle imprese associate, anche in considerazione della circostanza in base alla quale alla AEM Gestioni non competerebbe alcun ruolo operativo, ma solo compiti di tenuta della contabilità e di eventuali obblighi di finanziamento degli impianti.
2. Irrituale presentazione, quale cauzione provvisoria, di una fidejussione bancaria rilasciata esclusivamente a garanzia delle obbligazioni di ** Distribuzione S.r.l., all'epoca sprovvista dei poteri rappresentativi di ** Gestioni S.r.l., non essendosi ancora provveduto alla costituzione dell'ATI.
3. Mancata rituale sottoscrizione dell'offerta tecnica e qualitativa e dei relativi elaborati ad opera dell'ATI.
4. Sussistenza di situazioni soggettive di conflitto di interessi ostative alla presentazione dell'offerta ad opera dell'ATI per l'opera in passato prestata a favore del comune di Pero dal direttore generale di ** nell'ambito dell'attività di consulenza svolta dalla società Gestir, da lui rappresentata, in vista di una proroga della convenzione per il servizio di distribuzione del gas siglata tra la medesima amministrazione comunale e la società ** S.p.A.
5. Irrituità del confezionamento del plico esterno e delle buste ivi inserite contenenti la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica.
6. Non conformità dell'offerta dell'ATI rispetto alle prescrizioni di gara (punto 4 L del contratto di servizio).
7. Mancata effettuazione di un regolare sopralluogo ad opera di entrambe le società associate in ATI ai fini della rituale partecipazione alla gara.

La ricorrente principale ha eccepito la parziale irricevibilità del ricorso incidentale dell'*** (nella parte afferente le censure diverse da quelle già proposte con il ricorso n. 1965/2006), oltre che l'inammissibilità dello stesso per la mancata impugnazione della determinazione del 5.6.2006 nella parte in cui disponeva l'aggiudicazione a favore dell'ATI, oltre che l'infondatezza nel merito dello stesso.

L'*** ha, poi, proposto un secondo ricorso incidentale avverso l'ammissione alla procedura dell'ATI ** Distribuzione S.r.l.- ** Gestioni S.r.l. e la prima aggiudicazione della gara (in data 5.6.2006) nei confronti della stessa, contestando le valutazioni espresse dall'amministrazione comunale e deducendo, altresì, le censure già svolte nel primo ricorso incidentale.

La ricorrente ha eccepito l'irricevibilità per tardività e l'inammissibilità del secondo ricorso incidentale, oltre che l'infondatezza nel merito dello stesso.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a conferma delle rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 4.4.2007, il gravame è stato, quindi, trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il collegio ritiene innanzitutto di confermare il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa per il quale, premesso che l'esame del ricorso incidentale postula di regola la previa delibazione di fondatezza del ricorso principale, è doverosa l'inversione logica e cronologica della disamina da parte del giudice dei due rimedi impugnatori allorché un eventuale accoglimento del ricorso incidentale risulti pregiudizialmente ostativa (per profili di rito o di merito) ad un eventuale accoglimento del ricorso principale.

Tale situazione si verifica incontestabilmente allorché, come nella fattispecie in questione, il ricorrente principale contesti l'aggiudicazione in favore del controinteressato e quest'ultimo faccia valere in via incidentale una causa di esclusione dalla gara a carico dello stesso ricorrente principale. In tal caso, la ritenuta fondatezza del gravame incidentale precluderebbe automaticamente e definitivamente la possibilità per l'impresa ricorrente di vedere valutata la propria offerta in comparazione con quelle concorrenti e quindi, in definitiva, di conseguire il bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto, sì da legittimare una pregiudiziale declaratoria in rito di improcedibilità sopravvenuta (e non già di inammissibilità originaria) del ricorso per carenza di interesse (cfr: Cons. Stato, sez.V, 25 marzo 2002, n. 1695).

In relazione a quanto sopra occorre dunque verificare, in via preliminare, la fondatezza delle argomentazioni contenute nel primo ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

Con riferimento all'eccezione preliminare di inammissibilità di tale ricorso sollevata dalla ricorrente principale per la mancata impugnazione della determinazione del 5.6.2006 nella parte in cui disponeva l'aggiudicazione a favore dell'ATI, deve osservarsi che tale aggiudicazione originaria è stata revocata in via di autotutela dall'amministrazione proprio con il provvedimento oggetto dell'impugnazione principale, dunque non vi è motivo di contestarla in sede di impugnazione incidentale, non essendo più produttiva di effetti giuridici lesivi per la medesima controinteressata.

L'eccezione è, dunque, da disattendere.

Nel merito, il collegio ritiene fondato il motivo del ricorso incidentale con il quale la controinteressata ha dedotto l'irrituale presentazione, quale cauzione provvisoria, di una fideiussione bancaria rilasciata esclusivamente a garanzia delle obbligazioni di ** Distribuzione S.r.l., all'epoca sprovvista dei poteri rappresentativi di ** Gestioni S.r.l., non essendosi ancora provveduto alla costituzione dell'ATI.

In proposito il collegio ritiene, infatti, di aderire all'opinione manifestata dal Supremo Consesso amministrativo con la decisione n. 8 del 4 ottobre 2005, resa in adunanza plenaria, alla cui motivazione si riporta integralmente e secondo la quale, in definitiva, nel caso in cui una costituenda riunione temporanea di imprese venga a costituire con la fideiussione la cauzione provvisoria, il soggetto garantito non è l'associazione temporanea di impresa (a.t.i.) nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite, invece, 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 all'impresa designata capogruppo che stipulerà il contratto con l'amministrazione.

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere, dunque, necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti. Diversamente opinando, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante per tutti i casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti. Pertanto, il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria),

deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento.

Nella fattispecie all'esame, dunque, come esattamente dedotto dall'**, è illegittima l'ammissione dell'A.T.I. ricorrente, avendo la stessa presentato come cauzione provvisoria una fideiussione bancaria rilasciata esclusivamente a garanzia delle obbligazioni di ** Distribuzione S.r.l., all'epoca sprovvista dei poteri rappresentativi di ** Gestioni S.r.l. perché l'A.T.I. non si era ancora costituita, fideiussione nella quale, oltretutto, non si rinveniva alcun riferimento nemmeno all'A.T.I. costituenda.

Per le suesposte considerazioni, assorbendosi gli ulteriori motivi di doglianza, il ricorso incidentale proposto avverso l'ammissione alla gara dell'ATI ** Distribuzione S.r.l.- ** Gestioni S.r.l. e notificato dalla ** S.p.A. in data 14.12.2006 va accolto e, di conseguenza, il ricorso principale dell'ATI ** Distribuzione S.r.l.- ** Gestioni S.r.l. ed il secondo ricorso incidentale proposto dall'** e notificato il 28.12.2006 vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia – prima sezione - accoglie il primo ricorso incidentale e dichiara improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale ed il secondo ricorso incidentale, come in motivazione.

Spese compensate.

La presente sentenza sarà eseguita dall'amministrazione ed è depositata presso la segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso, in Milano, il 4.4.2007, dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, in camera di consiglio, con l'intervento dei signori:

Piermaria Piacentini	Presidente
Elena Quadri	giudice est.
Alessandro Cacciari	giudice