

Ati: a chi spetta di firmare la cauzione provvisoria in caso di pagamento a semplice richiesta? il compito di sottoscrivere il contratto ricade unicamente sulla impresa capogruppo, per cui appare del tutto logico che sia quest'ultima a dover prestare la cauzione a garanzia di un obbligo che le deriva "ex lege" per il solo fatto di essere stata indicata nell'offerta quale capogruppo

Quindi: nel caso in cui partecipi ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici una costituenda associazione temporanea di imprese di tipo verticale, la fideiussione costituente la cauzione provvisoria, di cui all'art. 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, può essere rilasciata a favore della sola impresa mandataria in quanto ciò appare più conforme alla lettera ed allo spirito della norma.

Il T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 30 giugno 2004, n. 2678 ci offre un interessante insegnamento in tema di sottoscrizione della cauzione provvisoria da parte della sola capogruppo.

Cogliamo infatti il pensiero del giudice milanese <<La cauzione di cui all'art. 30, comma 1, della legge n. 109/1994, infatti, "copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario", cioè garantisce la stazione appaltante dai rischi derivanti da un comportamento che, nel caso di associazione già costituita, incombe unicamente sull'impresa mandataria, giacché questa ha "la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto" (art. 93 DPR 554 del 1999). In tal senso, d'altronde, si muove l'interpretazione sia del giudice amministrativo, che ha avvertito come "nel caso di partecipazione in forma associata ai pubblici appalti, le dichiarazioni negoziali - offerte, promesse, accettazioni, impegni e simili - devono essere rese dalla sola impresa mandataria" (Cons. St., sez. V, 5 febbraio 1993, n. 240), che di quello ordinario, secondo il quale "la capogruppo mandataria è l'unico interlocutore dell'ente appaltante ed alle imprese mandanti è vietato intromettersi nei loro rapporti" (Corte appello Torino, 8 febbraio 2000). In tal caso, quindi, è unicamente la condotta omissiva della capogruppo che può attivare la polizza fideiussoria dalla stessa presentata per l'intero ammontare della garanzia. Per cui, la fideiussione rilasciata a favore dell'impresa mandataria, appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante, che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte della capogruppo, incamerare per intero la cauzione>>

Ma non solo. L'adito giudice va più in là e sottolinea che, come richiesto dalla Merloni, poiché il pagamento è previsto a semplice richiesta....

<<tale interpretazione (basta firma capogruppo) appare confortata dal fatto che l'operatività della garanzia è subordinata alla semplice richiesta scritta della stazione appaltante tanto che, sulla base dei principi espressi dalla giurisprudenza civile in tema di contratto autonomo di garanzia (e, quindi, applicabili al caso in esame), la società garante non può opporre alla richiedente alcuna eccezione se non quelle risultanti direttamente dalla polizza; pertanto, anche nel caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto dipenda dal fatto della ditta non contemplata nella fideiussione, ciò non può costituire un valido motivo per il garante di negare il pagamento della cauzione in favore della stazione appaltante. L'eventuale accertamento delle responsabilità per l'anzidetta condotta omissiva rileverà solo nell'ambito dei rapporti interni tra garantito (capogruppo mandataria) e terzo (mandante della costituenda ATI), in caso di rivalsa>>

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO IL TRIBUNALE
AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA - (Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 569/2004 proposto da ***** s.r.l.
contro

il Comune di Trezzano Rosa, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.
Daniela Viva nello studio della quale è elettivamente domiciliato in Milano, Via Borgogna n. 9;

e nei confronti di

***** & C., Impresa di costruzioni civili ed industriali ponti – strade, s.a.s
per l'annullamento

del verbale di gara del 2 dicembre 2003, reso noto in data 22 dicembre 2003, e della successiva
determinazione dirigenziale n. 462 con la quale il Direttore del servizio tecnico del Comune di
Trezzano Rosa ha aggiudicato i lavori di costruzione del centro sportivo e nuova scuola media
all'ATI controinteressata;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTI gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trezzano Rosa e della società ***** &C.;

VISTI i motivi aggiunti notificati in data 2 e 3 marzo 2004 e depositati il 9 marzo 2004

per l'annullamento

del verbale di consegna dei lavori di costruzione del nuovo centro sportivo e scuola media all'ATI
aggiudicataria del 9 gennaio 2004;

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

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 27 maggio il Ref. Daniele Dongiovanni;

Uditi l'avv. Lamantia per la ricorrente, l'avv. Viva per il Comune e l'avv. G. Pogliatti, in
sostituzione dell'avv. Frau, per la controinteressata;

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente si è classificata al secondo posto nella gara indetta dal Comune di Trezzano Rosa per
l'affidamento dei lavori di costruzione del centro sportivo e della nuova scuola media.

La gara è stata aggiudicata alla costituenda ATI tra le società ***** & C. e *****.

In esito alla richiesta di accesso, la società ***** ha rilevato che la controinteressata aveva
prodotto, con riferimento alla cauzione provvisoria, una polizza intestata alla sola società ***** &
C. senza alcun riferimento né alla costituenda ATI né alla ditta *****.

Ritenendo realizzata una violazione del bando, la ricorrente ha chiesto alla stazione appaltante di
escludere dalla gara la controinteressata con conseguente aggiudicazione dei lavori in proprio
favore.

Il Comune, con nota del 15 gennaio 2004, ha confermato l'affidamento dell'appalto in argomento
alla costituenda ATI *****/*****.

Avverso l'atto di aggiudicazione alla controinteressata, ed ogni altro a questo connesso, presupposto e consequenziale, ha proposto impugnativa la società interessata per il seguente motivo:

- violazione e falsa applicazione del comma 1 e 2 bis dell'art. 30 della legge n. 109/94 e dell'art. 108 del D.P.R. n. 554/1999 nonché delle prescrizioni di gara (titolo sesto – cause di esclusione n. 4-d); eccesso di potere in ogni sua forma sintomatica, con particolare riferimento al travisamento dei fatti, allo sviamento dei fini della normativa in materia di scelta del contraente della Pubblica Amministrazione.

Il documento di polizza fideiussoria relativo alla cauzione provvisoria presentato dalla controinteressata non è conforme alle prescrizioni di gara in quanto è stata rilasciata in favore della sola società ***** senza alcun riferimento né alla costituenda ATI né alla ditta Betansint quale associanda.

In ragione di questo, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (al riguardo, la ricorrente richiama la sentenza del TAR Lazio, sede Roma, sez. II, 31 ottobre 2003, n. 9356).

L'istante chiede, quindi, l'annullamento degli atti impugnati, previa sospensione dell'efficacia, l'accertamento dell'obbligo di aggiudicazione in proprio favore dell'appalto in argomento ed, in via subordinata, il risarcimento dei danni per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Trezzano Rosa e la società ***** & C. chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato nel merito.

La controinteressata eccepisce, altresì, l'inammissibilità del gravame sia in quanto non notificato alla Ditta ***** quale associata della costituenda ATI sia perché la ricorrente non avrebbe impugnato tempestivamente il bando nella parte in cui non richiama l'art. 108 del D.P.R. n. 554/1999.

Con ordinanza n. 513/04, è stata respinta la domanda di sospensiva.

Con atto notificato il 2 e 3 marzo 2004 e depositato il successivo 9 marzo, l'istante ha proposto motivi aggiunti con i quali ha impugnato, sulla base delle medesime censure contenute nel ricorso, il verbale in data 9 gennaio 2004 di consegna dei lavori di costruzione del nuovo centro sportivo e della scuola media all'ATI aggiudicataria.

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie con le quali hanno insistito nelle proprie argomentazioni e richieste.

Il Comune resistente, in questa sede, ha anch'esso sollevato, al pari della controinteressata, eccezione di inammissibilità del gravame in quanto non notificato alla Ditta ***** quale associata della costituenda ATI.

Alla pubblica udienza del 27 maggio 2004, dopo la discussione delle parti, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso ed i motivi aggiunti proposti dalla società ***** vanno respinti, sicché può essere pretermessa la valutazione delle dedotte eccezioni di inammissibilità.

1.1 La questione si incentra sulla regolarità della polizza fideiussoria presentata dalla ricorrente sebbene fosse stata rilasciata in favore della sola ditta ***** senza alcun riferimento né alla costituenda ATI né alla ditta Betansint quale associanda.

Secondo la ricorrente, ciò sarebbe in contrasto con l'art. 108 del D.P.R. n. 554/1999 e con le prescrizioni del bando e, pertanto, l'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in argomento.

1.2 Le doglianze non appaiono condivisibili per le ragioni che seguono:

innanzitutto, il bando di gara, oltre a non richiamare la previsione contenuta nell'art. 108 del D.P.R. n. 554/1999, ha previsto che, nel caso in cui il raggruppamento non sia ancora costituito, la garanzia relativa alla cauzione provvisoria "può essere sottoscritta dall'impresa individuata quale futura capogruppo nel caso in cui risulti che il contraente è il costituendo ATI; in caso contrario deve essere intestata a tutte le imprese che si impegnano a costituire il raggruppamento con relativa sottoscrizione";

la violazione della predetta clausola non era espressamente prevista a pena di esclusione;

l'interprete, di fronte a casi come quello in esame in cui la controinteressata ha presentato una polizza fideiussoria intestata solo a se stessa, è chiamato quindi a valutare la ratio della previsione in modo da verificare se, in presenza di profili dubbi sulla cogenza, possa essere privilegiata una lettura che garantisca gli interessi tutelati dalla disposizione, senza tuttavia ledere i principi posti a base delle gare pubbliche ed, in particolare, la par condicio tra i concorrenti. Ciò in linea con la giurisprudenza amministrativa sul punto la quale ha affermato che il c.d. criterio teleologico per l'interpretazione dei bandi, avendo un valore suppletivo a quello formale, può essere utilizzato nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione; l'inosservanza delle previsioni del bando circa le modalità di presentazione delle offerte implica infatti l'esclusione dalla gara solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell'amministrazione appaltante, o poste a garanzia della par condicio dei concorrenti come nel caso in cui il bando preveda un'espressa comminatoria in tal senso per il mancato rispetto di determinate disposizioni (per tutte, Cons. St., sez. V, 4 aprile 2002, n. 1857);

la cauzione provvisoria è posta, come noto, a garanzia della serietà dell'offerta tanto che quello che deve essere valutato è se, a tutela degli interessi della stazione appaltante, la polizza così formulata sia idonea a tali fini, non ravvisandosi, per come è formulata la *lex specialis*, ulteriori profili che possano comportare una lesione dei principi fondamentali delle procedure selettive pubbliche;

la giurisprudenza amministrativa, ancora maggioritaria sul punto (cfr Cons. St., sez. V, 17 marzo 2003, n. 1384) e che il Collegio condivide, ha precisato che, nel caso in cui partecipi ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici una costituenda associazione temporanea di imprese di tipo verticale, la fideiussione costituente la cauzione provvisoria, di cui all'art. 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, può essere rilasciata a favore della sola impresa mandataria in quanto ciò appare più conforme alla lettera ed allo spirito della norma.

La cauzione di cui all'art. 30, comma 1, della legge n. 109/1994, infatti, "copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario", cioè garantisce la stazione appaltante dai rischi derivanti da un comportamento che, nel caso di associazione già costituita, incombe unicamente sull'impresa mandataria, giacché questa ha "la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto" (art. 93 DPR 554 del 1999). In tal senso, d'altronde, si muove l'interpretazione sia del giudice amministrativo, che ha avvertito come "nel caso di partecipazione in forma associata ai pubblici appalti, le dichiarazioni negoziali - offerte, promesse, accettazioni, impegni e simili - devono essere rese dalla sola impresa mandataria" (Cons. St., sez. V, 5 febbraio 1993, n. 240), che di quello ordinario, secondo il quale "la capogruppo

mandataria è l'unico interlocutore dell'ente appaltante ed alle imprese mandanti è vietato intromettersi nei loro rapporti" (Corte appello Torino, 8 febbraio 2000). In tal caso, quindi, è unicamente la condotta omissiva della capogruppo che può attivare la polizza fideiussoria dalla stessa presentata per l'intero ammontare della garanzia. Per cui, la fideiussione rilasciata a favore dell'impresa mandataria, appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante, che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte della capogruppo, incamerare per intero la cauzione.

Tale ragionamento convince anche nel caso di imprese che, nell'eventualità dell'aggiudicazione, si siano già impegnate a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse. Infatti, quanto al dato normativo, la legge si limita a richiedere, in tal caso, che " l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti" (art. 13, comma 5, della legge n. 109/1994). E' quindi acclarato che, anche in questa ipotesi, il compito di sottoscrivere il contratto ricade unicamente sulla impresa capogruppo. Per cui appare del tutto logico che sia quest'ultima a dover prestare la cauzione a garanzia di un obbligo che le deriva "ex lege" per il solo fatto di essere stata indicata nell'offerta quale capogruppo;

tale interpretazione appare confortata dal fatto che l'operatività della garanzia è subordinata alla semplice richiesta scritta della stazione appaltante tanto che, sulla base dei principi espressi dalla giurisprudenza civile in tema di contratto autonomo di garanzia (e, quindi, applicabili al caso in esame), la società garante non può opporre alla richiedente alcuna eccezione se non quelle risultanti direttamente dalla polizza; pertanto, anche nel caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto dipenda dal fatto della ditta non contemplata nella fideiussione, ciò non può costituire un valido motivo per il garante di negare il pagamento della cauzione in favore della stazione appaltante. L'eventuale accertamento delle responsabilità per l'anzidetta condotta omissiva rileverà solo nell'ambito dei rapporti interni tra garantito (capogruppo mandataria) e terzo (mandante della costituenda ATI), in caso di rivalsa;

sulla base di quanto rappresentato nei due precedenti alinea, appare evidente come la polizza fideiussoria presentata dalla ricorrente sia idonea a garantire l'amministrazione aggiudicatrice in caso di offerta non seria e, pertanto, in linea con la ratio della previsione contenuta nel bando di gara.

2. Il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti comporta di conseguenza la reiezione della richiesta risarcitoria avanzata dalla ricorrente.

3. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, respinge il ricorso in epigrafe ed i motivi aggiunti.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 27 maggio 2004, con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio - Presidente

Domenico Giordano - Consigliere

Daniele Dongiovanni – Referendario est.