

Legittima l'esclusione di un'Ati la cui cauzione provvisoria risulta intestata ad un singolo contraente senza che il garante sappia della sua qualità di capogruppo, sebbene la garanzia sia stata sottoscritta anche dalle mandanti, che, però, non ne risultano però intestatarie né singolarmente e neppure quali facenti parte della costituenda A.T.I.; inoltre non può nemmeno essere accettato l'impegno del fideiussore, intestato sempre e solo all'impresa singola, ad emettere la cauzione della definitiva, in quanto esclude ogni sua garanzia per l'Amministrazione comunale ove l'inadempimento dovesse dipendere dalle altre imprese e non solo dall'unica ditta contraente (obbligata principale)

Il Tar Sicilia, Catania con la sentenza numero 1618 del 5 ottobre 2006, ci fornisce un altro importante insegnamento in tema di cauzione emessa a favore di un'Ati e della sua relativa legittima inaccettabilità:

<Le doglianze relative alla violazione e falsa e/o mancata applicazione dell'art. 30 della legge n. 109/94, del punto 8) del bando di gara e dei punti 7) e 8) del disciplinare di gara (per avere la controinteressata A.T.I. prodotto una fidejussione provvisoria ed una dichiarazione d'impegno a rilasciare quella definitiva, nelle quali l'unico contraente era il. Consorzio in proprio e non quale capogruppo mandatario del Raggruppamento) vanno condivise.

Al riguardo, con sentenza n. 8/05, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato quanto segue:

“Soprattutto nel caso di A.T.I. costituenti, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Il fidejussore deve dunque 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.

E, nel caso di specie, la fidejussione provvisoria è stata rilasciata solo in favore del Consorzio; la circostanza che la stessa sia stata sottoscritta anche dalle mandanti, che non ne risultano però intestatarie né singolarmente e neppure quali facenti parte della costituenda A.T.I., esclude ogni sua garanzia per l'Amministrazione comunale ove l'inadempimento dovesse dipendere dalle stesse e non dal Consorzio.

D'altra parte, la dichiarazione d'impegno alla fidejussione è stata intestata in favore del solo \*\*\* ex se e non anche quale mandatario della costituenda A.T.I..

Tale circostanza, unitamente al fatto che le mandanti non vi erano in alcun modo menzionate, imponeva l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. controinteressata>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania - Sezione Quarta, composto dai Signori Magistrati:

Dott. Biagio        CAMPANELLA        Presidente rel. est.

Dott. Ettore        LEOTTA                Consigliere

Dott. Francesco    BRUGALETTA        Consigliere

ha pronunciato la seguente

#### S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1990/2006, proposto dalla \*\*\* s.r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore ed Enrico Buscemi, presso il cui studio, sito in Catania, Corso Italia, n. 36, è elettivamente domiciliata;

contro

il Comune di CATANIA, in persona del Sindaco pro tempore, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Sabrina Licciardo, dell'Avvocatura dell'Ente, presso la cui sede è elettivamente domiciliato, in Catania, via G. Oberdan, n. 141;

e nei confronti:

-dell'A.T.I. \*\*\* (Capogruppo mandataria) – \*\*\* s.c. a r.l. – \*\*\* s.r.l. (mandanti), controinteressata e ricorrente incidentale, in persona del legale rappresentante pro tempore, costituita in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. Fabio Lo Presti, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Catania, via Etna, n. 299;

-dell'\*\*\*. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

1)del verbale n. 124/2005 del Seggio di gara per l'appalto dei lavori di costruzione delle rete gas nei quartieri di Catania nord-est, nella parte in cui l'A.T.I. controinteressata è stata ammessa alla gara ed alla successiva procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta;

2)del verbale n. 145/2005 del 16.12.2005 del predetto Seggio di gara, con il quale i lavori oggetto dell'appalto sono stati provvisoriamente aggiudicati alla succitata A.T.I., nonché degli atti di aggiudicazione definitiva e di quelli presupposti, connessi e conseguenti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimato;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la Camera di consiglio del 13 settembre 2006 il Presidente Dott. Biagio Campanella; uditi gli avvocati delle parti, come da relativo verbale, anche ai sensi dell'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205 per la definizione del giudizio nel merito a norma del successivo art. 26 della legge innanzi citata.

Accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria.

Ritenuto in fatto quanto rappresentato nell'atto introduttivo del giudizio. Considerato che il ricorso appare fondato in quanto:

-l'eccezione di tardività del ricorso va disattesa.

Ed invero, fino al 16.12.2005, data in cui si è concluso il procedimento di verifica delle offerte sospettate di anomalia, la \*\*\* non aveva alcun interesse giuridicamente tutelato ad impugnare gli atti di aggiudicazione della gara in favore dell'A.T.I. controinteressata; un tale interesse è sorto soltanto nel momento in cui, giudicata definitivamente anomala l'offerta dell'A.T.I. Vincenzo \*\*\* s.r.l., secondo graduato, e ritenuto assentibile il ribasso percentuale offerto dalla \*\*\* medesima (verbale del 20.4.2006), in capo a quest'ultima si sono radicate l'attualità e la concretezza della lesione al suo interesse derivante dalla menzionata aggiudicazione(cfr., in tema d'appalti: Consiglio di Stato, n. 2009/2003 del 24.2.2005 – Sezione 2^; in linea generale, C.G.A., n. 388 del 22.12.1995).

-Le doglianze relative alla violazione e falsa e/o mancata applicazione dell'art. 30 della legge n. 109/94, del punto 8) del bando di gara e dei punti 7) e 8) del disciplinare di gara (per avere la controinteressata A.T.I. prodotto una fidejussione provvisoria ed una dichiarazione d'impegno a rilasciare quella definitiva, nelle quali l'unico contraente era il Fin. Consorzio in proprio e non quale capogruppo mandatario del Raggruppamento) vanno condivise.

Al riguardo, con sentenza n. 8/05, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato quanto segue:

“Soprattutto nel caso di A.T.I. costituenti, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Il fidejussore deve dunque 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.

E, nel caso di specie, la fidejussione provvisoria è stata rilasciata solo in favore della \*\*\*; la circostanza che la stessa sia stata sottoscritta anche dalle mandanti, che non ne risultano però intestatarie né singolarmente e neppure quali facenti parte della costituenda A.T.I., esclude ogni sua garanzia per l'Amministrazione comunale ove l'inadempimento dovesse dipendere dalle stesse e non dal \*\*\*.

D'altra parte, la dichiarazione d'impegno alla fidejussione è stata intestata in favore del solo \*\*\* ex se e non anche quale mandatario della costituenda A.T.I..

Tale circostanza, unitamente al fatto che le mandanti non vi erano in alcun modo menzionate, imponeva l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. controinteressata.

La fondatezza di tale motivo di gravame comportano di già l'accoglimento del ricorso principale, indipendentemente dagli altri motivi di gravame, che vanno “assorbiti”.

-Viceversa, i motivi di ricorso incidentali, avanzati dal \*\*\* controinteressato, con i quali si deduce l'illegittima ammissione alla gara dell'impresa ricorrente, vanno disattesi:

a)in primo luogo, si censura il punto 2) del disciplinare di gara, laddove esso prevede la possibilità, per le ditte partecipanti, di produrre, in luogo dell'attestazione SOA, una fotocopia della stessa, sottoscritta dal legale rappresentante della ditta concorrente, accompagnata da copia del documento di identità di tale rappresentante; di tale facoltà si è avvalsa la \*\*\* s.r.l.

Un tale motivo di gravame muove dall'affermato presupposto che, in forza dell'art. 19 del D.P.R. n. 445/2000, la possibilità per il privato di rendere conforme all'originale, con le modalità previste dai successivi artt. 38 e 47 dello stesso D.P.R., la copia di un documento, riguardi soltanto l'ipotesi in cui tale documento sia conservato o rilasciato di una pubblica Amministrazione.

Nel caso di specie, provenendo sia l'attestazione del possesso dei requisiti di cui al 3° comma dell'art. 8 della legge n. 109/94 che la certificazione del sistema di qualità da organismi di diritto privato, sarebbe preclusa al legale rappresentante di una ditta che concorre ad una gara d'appalto la possibilità di asseverare la conformità all'originale delle copie dell'attestazione e certificazione in questione.

Osserva, in proposito, il Collegio che tali documenti sono "conservati" dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici atteso che, ai sensi del 5° comma dell'art. 12 del D.P.R. n. 34/2000, le SOA trasmettono alla predetta Autorità copia delle attestazioni di qualificazione dalle stesse rilasciate.

Inoltre, giusta l'art. 4 dello stesso decreto, il possesso della certificazione di qualità aziendale, necessario ed indispensabile ai fini della qualificazione SOA, è attestato sempre dalle Società di attestazione, alle quali quindi incombe di trasmettere l'attestazione all'Autorità di vigilanza, ai sensi del menzionato 5° comma.

Non soltanto: anche per quanto concerne le medesime Società di attestazione si sta consolidando un autorevole orientamento che tende a superare la qualificazione di tali Enti come di stretto diritto privato sottolineando come le stesse svolgano una rilevante funzione pubblica.

D'altra parte, anche il \*\*\* e le relative mandanti si sono avvalsi della facoltà di allegare fotocopia della allegata documentazione sottoscritta dal legale rappresentante, in una al documento d'identità.

b)Anche la doglianza che affida la richiesta esclusione dalla gara della \*\*\* s.r.l. alla negativa dichiarazione dalla stessa resa su situazioni di controllo rispetto ad altre impresa va disattesa.

Giova al riguardo richiamare, ai fini di un'esatta comprensione della prescrizione del disciplinare di gara (dichiarazione sostitutiva con la quale il concorrente "elenca le imprese – denominazione, ragione sociale e sede- rispetto alle quali, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, si trova in situazione di controllo diretto o indiretto, o anche sostanziale, come controllante o come controllato; tale dichiarazione deve essere resa, a pena di esclusione, anche se negativa", quanto disposto dal comma 1 bis dell'art. 10 della legge n. 109/94 (nel testo recepito in Sicilia) che stabilisce che "non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile".

E' agevole affermare che, pur non potendo la richiesta dichiarazione essere riferita alle imprese partecipanti alla gara per il motivo che, nel momento in cui essa viene resa, non è noto il quadro delle partecipanti alla procedura concorsuale (C.G.A., n. 470 del 25.7.2005), non v'è tuttavia dubbio che essa, tenendo conto del divieto stabilito dalla norma trascritta e del fine che la stessa

intende perseguire, mira ad accertare la sussistenza o meno di situazioni di controllo diretto o indiretto tra ditte che hanno chiesto di partecipare alla gara.

Da ciò deriva, come logico corollario, che la dichiarazione deve soltanto ed esclusivamente essere resa con riferimento ad imprese che, per ragione sociale e per possesso di attestazione SOA, possono partecipare alla gara.

In mancanza di tali presupposti, non si vede quale finalità dovrebbe assolvere una dichiarazione che imponga alla ditta concorrente di elencare indiscriminatamente tutte le imprese con le quali sussista una situazione di qualsivoglia controllo.

Nel caso di specie, nessuna delle Società elencate nel ricorso incidentale è in possesso di attestazione SOA; sicchè, nessuna di esse può partecipare a pubbliche gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici.

Attesa l'infondatezza del ricorso incidentale, acquista piena efficacia l'accoglimento del ricorso principale, con il conseguente annullamento dei provvedimenti con lo stesso impugnati.

Infine, per quanto concerne le spese giudiziali, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia-Sezione staccata di Catania-Sez. 4<sup>^</sup> ACCOGLIE il ricorso principale in epigrafe ed annulla, per l'effetto, i provvedimenti con lo stesso impugnati; va, invece, rigettato il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania, nella Camera di consiglio del 13 settembre 2006.

IL PRESIDENTE rel. est.

Dott. Biagio Campanella

Depositata in Segreteria il 05 ottobre 2006