

Ove la polizza fideiussoria indichi il raggruppamento, è sufficiente la sottoscrizione della sola mandataria, in quanto, in questo caso, l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore è sicuramente riferibile a tutte le imprese del raggruppamento, con un contenuto che tutela interamente l'ente appaltante nella misura e con gli obiettivi voluti dal legislatore

IL Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 952 del 3 maggio 2006 ribadisce un oramai consolidato pensiero giurisprudenziale secondo il quale:

<il formalismo della omessa intestazione nominativa della fideiussione a tutte le singole imprese e/o la eventuale mancanza di sottoscrizione del relativo atto da parte delle stesse (formalismo cui sembra volersi richiamare la ricorrente incidentale) deve ritenere recessivo allorché vi sia certezza obiettiva e documentale che la polizza risulta intestata ad impresa designata come capo-gruppo di una costituenda ATI e l'offerta risulti sottoscritta da tutti i soggetti del futuro raggruppamento con l'impegno delle mandanti del rilascio del futuro mandato alla medesima capo-gruppo>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SICILIA - SEZIONE TERZA,  
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2804/2005, Sez. III, proposto dall'IMPRESA \*\*\* S.r.l., in proprio e quale capogruppo-mandataria dell'ATI costituenda tra la stessa e le Imprese \*\*\* S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore e \*\*\*' COSTRUZIONI S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentati e difesi dagli Avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, presso lo studio dei quali, in Palermo, Via Libertà n 171, è elettivamente domiciliato;

CONTRO

il Comune di Montedoro, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.to Antonio Campione, elettivamente domiciliato in Palermo, via Ruggero Settimo n. 73, presso lo studio dell'Avv.to Fabrizio La Rosa;

E NEI CONFRONTI DI

l'ATI costituenda \*\*\* Spa-Costruzioni / \*\*\* Teodoro Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore della \*\*\*, rappresentato e difeso dall'Avv.to Vito Candia, presso il cui studio in Palermo, via Luigi Pirandello n. 2, sono elettivamente domiciliate;

con l'intervento ad opponendum

della ditta \*\*\* S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.to Massimo Miracola, elettivamente domiciliato in Palermo, via Agrigento n.32, presso lo studio dell'Avv.to Maria Galasso;

per l'annullamento, previa sospensione,

del verbale di gara dei 13-23-settembre 2005 relativo all'appalto dei lavori di realizzazione delle opere di difesa, consolidamento e sistemazione del Torrente Mintina in prossimità del quale insiste l'impianto di depurazione e parte del centro abitato, nella parte in cui si aggiudica la gara alla ditta controinteressata; nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato, con le relative difese;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata ATI \*\*\* S.p.a., con le relative difese ed il ricorso incidentale;

Viste le memorie e gli altri scritti difensivi prodotti dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;

Uditi, alla pubblica udienza del 26 aprile 2006, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'impresa \*\*\* S.R.L., in proprio e quale capogruppo-mandataria dell'ATI, costituenda, tra la stessa e le Imprese \*\*\* S.r.l. e l'impresa \*\*\* COSTRUZIONI S.r.l., impugnano il provvedimento di cui in epigrafe ed atti connessi (di aggiudicazione della gara all'ATI costituenda \*\*\* S.p.a./Costruzioni \*\*\* Teodoro S.p.a.) chiedendone l'annullamento, vinte le spese, lamentando che il seggio avrebbe illegittimamente:

- aggiunto una cifra decimale alla media finale;

- accorpato due offerte di eguale ribasso (26,75% dell'ATI \*\*\* e dell'ATI \*\*\*COSTRUZIONI), dopo il c.d. "taglio delle ali". In punto di diritto deducono:

I) Violazione e falsa applicazione del punto 2, pag. 6, del disciplinare di gara; illegittimità dell'arrotondamento delle medie; eccesso di potere per illogicità manifesta. Il bando prevedeva (art. 2 lett. f) che le medie fossero calcolate fino alla seconda cifra decimale arrotondata all'unità superiore qualora la terza cifra decimale sia pari o superiore a cinque". Nella specie, dopo la sommatoria delle medie, il ribasso medio del 26,95% sarebbe inespugnabilmente passato al 26,954%.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 della L. n. 109/1994; illegittimità dell'accorpamento delle offerte identiche successivamente al taglio delle ali.

2. Si è costituito in giudizio, per resistere al ricorso, il Comune intimato, che con rituale memoria difensiva contesta le addotte censure chiedendo la reiezione del ricorso con ogni conseguente statuizione sulle spese.

3. Resiste, altresì, l'impresa \*\*\* S.p.a. contestando la fondatezza del ricorso, proponendo, altresì, ricorso incidentale nel quale assume:

a) la correttezza della sommatoria della media dei ribassi e dello scarto medio che non obbedirebbe all'arrotondamento a due cifre decimali, riguardante solamente le singole medie di cui sopra;

b) in ipotesi contraria, la illegittimità della clausola del bando sotto tale profilo;

c) l'illegittima ammissione alla gara dell'ATI costituenda \*\*\* e dell'ATI \*\*\*, nonché del CONSORZIO \*\*\*, per irregolarità delle prodotte cauzioni provvisorie, con conseguenti refluenze sulla media e mantenimento dell'aggiudicazione all'ATI \*\*\*.

4. Con atto ritualmente notificato, depositato il 25.01.2006, ha dispiegato intervento ad opponendum la \*\*\* S.r.l. (ricorrente in altro autonomo ricorso, per la medesima gara, pendente dinanzi a questo stesso T.A.R. col n. 2856/2005 R.G.), la quale deduce che l'ATI \*\*\* non avrebbe interesse al ricorso dovendo essere esclusa dalla gara per difetto dei requisiti di qualificazione indicati nel predetto ricorso n. 2856/2005.

5. Con ordinanza collegiale n. 195 dell' 8 febbraio 2006 è stata accolta l'ist\*\*\* di sospensione del provvedimento impugnato e fissata l'udienza per la trattazione del merito del ricorso ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

6. Le ricorrenti principali hanno prodotto memoria in data 23.01.2006 per contestare l'ampliamento del thema decidendum derivante dall'atto di intervento della \*\*\* S.r.l.;

Con altra memoria depositata il 7.02.2006 le ricorrenti

principali hanno contestato la fondatezza del ricorso incidentale.

A sua volta l'ATI \*\*\* con memoria depositata il 20.04.2006 ha insistito per l'accoglimento del ricorso incidentale.

7. Alla pubblica udienza del 26 aprile 2006, presenti i difensori delle parti - che si sono riportati agli scritti difensivi insistendo nelle relative conclusioni - la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

1. In linea preliminare, va osservato che il "thema decidendum" della presente controversia risulta segnato dal "petitum" e dalla "causa paetendi" introdotti col ricorso principale e col ricorso incidentale, non essendo ammissibili gli ampliamenti (esclusione dell'ATI \*\*\* per difetto dei requisiti di qualificazione) proposti immotivatamente dall'interveniente \*\*\* S.r.l., la cui opposizione non può che limitarsi a contrastare la pretesa fatta valere dal ricorrente principale (cfr. Cons. St., Sez. V, 4 novembre 1996, n. 1311; C.g.a. 7 agosto 2003, n. 290; T.A.R. Molise, Campobasso, 10 novembre 2003, n. 874).

2. Il ricorso principale è fondato sotto entrambi i profili.

A) Quanto all'aggiunta di una cifra decimale alla media finale, è da osservare che il bando prevedeva (art. 2, lett. f) che le medie fossero "... calcolate fino alla seconda cifra decimale arrotondata all'unità superiore qualora la terza cifra decimale fosse pari o superiore a cinque".

Di conseguenza, essendo il ribasso medio pari al 26,56%, e lo scarto medio dei ribassi stessi pari allo 0,39%, la sommatoria di tali addendi non poteva, in effetti, che portare ad una cifra con due

decimali, ossia al 26,95% e non, come invece è stato, alla soglia di anomalia, con tre cifre decimali, del 26,954%.

Il Comune, in verità, sostiene di essersi attenuto ai “rigorosi criteri aritmetici” ripetutamente sanciti dalla giurisprudenza (pag. 3 del controricorso), mentre

la controinteressata \*\*\* sostiene che, alla stregua della letterale formulazione del bando, l’arrotondamento a due cifre decimali opererebbe solo con riguardo al calcolo della media dei ribassi e dello scarto medio, e non anche alla successiva sommatoria di tali addenti.

Sul punto il Collegio osserva che:

- le difese del Comune, pur richiamando l’esigenza del rispetto dei criteri aritmetici, non solo non specifica tali criteri, ma invoca precedenti giurisprudenziali che attengono a fattispecie diversa, ossia ai casi in cui il bando stabiliva che non si sarebbe tenuto conto dei numeri decimali superiori a tre contenuti nelle offerte, mentre nella specie il bando prescriveva che lo stesso calcolo delle medie delle offerte fosse effettuato “fino alla seconda cifra decimale arrotondata”;

- le difese della controinteressata non possono superare la evidente regola aritmetica secondo la quale la sommatoria di due addenti con sole due cifre decimali non può che produrre, in totale, un numero anch’esso con due cifre decimali.

B) Quanto all’accorpamento di due offerte di pari ribasso dopo il c.d. taglio delle ali, per giurisprudenza ormai pacifica, le offerte recanti un identico ribasso assumono rilevanza, agli effetti della loro considerazione unitaria (ai fini del calcolo della media e della soglia di anomalia, vale a dire agli effetti del c.d. “taglio delle ali”), soltanto ove poste a cavallo del 10% delle offerte (rispettivamente, di maggior ribasso e di minor ribasso), ossia si collochino agli estremi delle due ali, quella dei maggiori e quella dei minori ribassi (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sentenze n. 2696 del 10 dicembre 2004, n. 2716 del 13 dicembre 2004; n. 405/2005; Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2006, n. 1373; contra: T.A.R. Sicilia, Catania, n. 568/2005).

Come puntualmente osservato in C.g.a. dec. 11 novembre 2005, n. 786 l’accorpamento dei ribassi costituisce “... un temperamento limitato ad una ipotesi specifica in cui l’estensione del taglio a tutte le offerte con pari ribasso collocate a cavallo della soglia del dieci per cento è resa necessaria dalle indicate ragioni logiche, non configurabili nel caso di offerte con eguale ribasso all’interno dell’ala”.

3. Va esaminato, ora il ricorso incidentale della \*\*\* nella parte in cui:

a) si impugna la clausola del bando (art. 2, lett. f) relativa alle due cifre decimali ove intesa nel senso sostenuto dalla ricorrente principale;

b) si chiede l’esclusione dalla gara, per l’irregolarità delle prodotte fideiussioni:

- dell’ATI costituenda \*\*\*

- dell’ATI costituenda DIMENS. NUOVE

- del CONSORZIO \*\*\*.

Le domande incidentali sono infondate.

A) Quanto all'impugnativa dell'art. 2, lett. f) del bando, trattasi di censura inammissibile per difetto di interesse, dato che, anche in ipotesi di sua fondatezza, la ricorrente incidentale non potrebbe mantenere l'aggiudicazione in conseguenza dell'accertato illegittimo accorpamento delle offerte di cui si è detto sopra.

Peraltro, in punto di merito, il Collegio osserva che dopo alcune oscillazioni (circa la rilevanza delle sole regole aritmetiche nel procedimento di gara) la giurisprudenza è ormai ferma nel ritenere che la P.A., in sede di predisposizione delle regole della procedura di gara, goda di una ampia discrezionalità purché le relative clausole siano logiche e rispondenti ad un concreto interesse pubblico; come è da ritenere nella fattispecie, avuto riguardo all'esigenza dell'Amministrazione di semplificare i calcoli, ai fini della individuazione della offerta aggiudicataria, eliminando l'incidenza di scostamenti percentuali minimali, di nessun concreto interesse per l'Amministrazione (e spesso idonei solamente a creare inutili complicazioni procedurali e talvolta lunghe controversie giudiziarie che finiscono con l'incidere negativamente sulla realizzazione dei lavori).

Correttamente, pertanto, la \*\*\* S.r.l. richiama la decisione n. 515/2005 del C.g.a., laddove si osserva che "... le norme legislative nel richiamare il principio della media non evidenziano anche l'esigenza di effettuare una operazione matematica estesa ad un numero indeterminato di decimali. Non sembra quindi illegittima la determinazione della Amministrazione (previamente assunta e esplicitata negli atti regolatori della gara) di limitare la media matematica ad alcuni soltanto dei decimali e di considerare il successivo decimale solo se superiore ad una determinata entità. Sul piano logico una tale determinazione corrisponde, in una prospettiva di semplificazione, alla scelta di non considerare differenze minime nelle medie, come tali non rilevanti sotto il profilo economico e dell'interesse pubblico. E' pur vero poi che le norme legislative non prevedono limiti nel calcolo dei decimali, né arrotondamenti, ma è altrettanto vero che una tale determinazione in sede di atti regolatori dalla gara sembra rientrare in scelte discrezionali (come detto non incompatibili con la legge)".

Circa, poi, l'ampiezza, in materia, della discrezionalità della P.A., è da dire che il C.g.a. con decisione n. 819/2005 ha osservato che l'art. 21, comma 1 della L. 109/1994, come richiamato ed integrato dall'art. 17 L. reg. sic. n. 7/2002 "... nel disporre espressamente che le offerte di ribasso debbano essere formulate con due sole cifre decimali, nulla dispone circa eventuali arrotondamenti ai fini del calcolo delle medie", ma ciò "non autorizza di per sé a ritenere illegittime le previsioni dei bandi o disciplinari di gara con cui le singole amministrazioni, portando ad ulteriore conseguenza la logica di semplificazione e moralizzazione sottesa all'innovazione legislativa sopra menzionata, estendano anche al calcolo delle medie la regola dell'arrotondamento dei decimali. In questo senso, per vero, si è espressa inequivocabilmente la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, 10 marzo 2003, n. 1277) e di questo stesso Consiglio in sede cautelare (C.G.A., 7 febbraio 2005, n. 94, ord.)" Anche perché - prosegue il C.g.a. - A ciò si aggiunge il fatto "... che, nel sistema legislativo della Regione Siciliana, la scelta a favore dell'arrotondamento delle medie è formulata anche a livello di bando tipo regionale, le cui previsioni sono espressamente dichiarate vincolanti per le singole amministrazioni, in sede di redazione dei bandi di gara, dall'art. 16, 5° comma della L. reg. n. 7/2002. Ragioni di coerenza sistematica inducono pertanto a ritenere che la clausola del bando tipo ritenuta illegittima dal giudice di primo grado costituisca mero sviluppo logico della previsione della stessa fonte legislativa primaria, mantenendosi entro i limiti della potestà regolamentare da questa conferita al competente assessorato regionale al fine di omogeneizzare il contenuto degli atti delle procedure di gara indette dalle singole amministrazioni".

Alla stregua delle riferite considerazioni, la clausola del bando impugnata col ricorso incidentale, oltre che inammissibile nei sensi sopra precisati, è da ritenersi infondata.

B) Quanto alle fideiussioni prodotte dai tre partecipanti di cui si lamenta la illegittima ammissione alla gara (e che la ricorrente incidentale \*\*\* vorrebbe escluse congiuntamente sì da incidere sulla media nel senso del mantenimento dell'aggiudicazione alla medesima ricorrente incidentale) è da dire che:

I) l'ATI \*\*\* ha prodotto fideiussione bancaria del \*\*\* intestata alla “\*\*\* Costruzioni (Capogruppo) S.r.l. ....” e sottoscritta tanto dalla \*\*\* quanto dalle imprese mandanti \*\* Soc. coop. e \*\*\* S.r.l., sicché essa, per un verso, indica chiaramente che la garanzia riguarda un raggruppamento di imprese e, per altro verso, individua singolarmente e specificatamente (tramite le apposte sottoscrizioni) ciascuna impresa delle tre imprese raggruppate. Di conseguenza, la fideiussione dell'ATI \*\*\*, soddisfa in concreto anche i criteri particolarmente restrittivi desumibili dalla decisione n. 8/2005 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato;

II) l'ATI \*\*\* ha prodotto sia una fideiussione bancaria del Banco \*\*\* intestata alla sola \*\*\*, sia una polizza assicurativa (rilasciata dalla Assicuratrice \*\*\*S.p.a.) intestata alla “ATI \*\*\* SRL/\*\*\* SRL”, sicché appare non fondata in punto di fatto l'affermazione che si legge nel ricorso incidentale (v. pag. 11) secondo cui la cauzione risulterebbe “... prestata unicamente in favore della società \*\*\*, senza alcuna ulteriore e necessaria menzione della partecipazione in forma di ATI, né dell'impresa mandante”; ciò essendo vero solo con riguardo alla indicata fideiussione bancaria del \*\*\* e non anche alla indicata polizza assicurativa da cui risulta chiaramente la intestazione all'ATI \*\*\* S.r.l. e la specifica indicazione della mandante SAS S.r.l. .

Pertanto, è da osservare che i criteri alquanto restrittivi individuati nella dec. n. 8/2005 dell'Adunanza plenaria del Cons. di St., risultano oggettivamente “temperati” dalla recente decisione n. 893/2006 della Sesta Sezione secondo cui:

- “... 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”;

- la questione formale della necessità della sottoscrizione va trasferita al piano “... sostanziale della determinazione dell'oggetto della garanzia, comprensivo anche degli obblighi posti partitamente in capo ad ognuna delle imprese associate”, il che si verifica allorché risulti la “qualità di impresa capo gruppo con intento costitutivo di una associazione temporanea di impresa” e comunque si aggiunga “... la circostanza che la domanda di partecipazione alla gara contenente la offerta” sia “... stata sottoscritta da entrambe le imprese impegnatesi a costituire il raggruppamento con mandato di conferimento della rappresentanza ad una di essa, individuata, già in sede di offerte”.

Il che - ad avviso di questo Collegio - non fa altro che confermare l'orientamento formatosi già da tempo (cfr. C.g.a., 28-1-2002, n. 59 e 11-6-2002, n. 311) secondo cui, ove la polizza fideiussoria indichi il raggruppamento, è sufficiente la sottoscrizione della sola mandataria, in quanto, in questo caso, l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore è sicuramente riferibile a tutte le imprese del raggruppamento, con un contenuto che tutela interamente l'ente appaltante nella misura e con gli obiettivi voluti dal legislatore” (cfr. anche T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, sentt. 492/2000 e n. 326/2001).

Ne segue, nella fattispecie in esame, che il formalismo della omessa intestazione nominativa della fideiussione a tutte le singole imprese e\o la eventuale mancanza di sottoscrizione del relativo atto da parte delle stesse (formalismo cui sembra volersi richiamare la ricorrente incidentale) deve essere ritenere recessivo allorché vi sia certezza obiettiva e documentale che la polizza risulta intestata ad impresa designata come capo-gruppo di una costituitenda ATI e l'offerta risulti sottoscritta da tutti i soggetti del futuro raggruppamento con l'impegno delle mandanti del rilascio del futuro mandato alla medesima capo-gruppo.

In relazione ai detti principi, le fideiussioni delle predette ATI (\*\*\*) e (\*\*\*) debbono ritenersi regolari e quindi legittima la loro ammissione alla gara.

C) Quanto, infine, alla fideiussione prodotta dal CONSORZIO \*\*\*, il Collegio osserva che l'interesse dichiarato dalla \*\*\* (v. ric. incidentale, pag. 9, ultimo cpv.) si basa sulla esclusione di tutte e tre le ATI di cui sopra, ma che per almeno due di esse la cauzione provvisoria appare regolare, di guisa che nessun interesse sussiste da parte della \*\*\* a vedere esaminata la regolarità o meno della fideiussione prodotta dal CONSORZIO \*\*\*.

4. Per tutte le ragioni sopra evidenziate, il ricorso principale dev'essere accolto, con la conseguenziale statuizione di annullamento per quanto di ragione del provvedimento impugnato; dev'essere respinto il ricorso incidentale.

Sussistono giusti motivi, in relazione agli specifici profili della controversia, per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, accoglie il ricorso principale in epigrafe e per l'effetto annulla per quanto di ragione il provvedimento impugnato. Rigetta il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 26 aprile 2006

Depositata in Segreteria il\_\_3 maggio 2006