

N. 05499/2011REG.PROV.COLL.

N. 04316/2010 REG.RIC.

Consiglio di Stato

Sezione V Sentenza 8 ottobre 2011, n. 5499

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4316 del 2010, proposto da: Franco Giuseppe s.r.l. e da Ligeam s.r.l. in proprio e nelle rispettive qualità di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento tra le medesime associate, nonché dallo Studio Idrotecnico Colosimo - Studio Associato degli Ingg. Roberto e Raffaello Colosimo, in proprio e quale mandatario designato del costituendo raggruppamento associando per la progettazione, tutti rappresentati e difesi dagli avvocati Aldo Assisi e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

contro

la Regione Lazio, rappresentata e difesa dall'avv. Rosa Maria Privitera, domiciliata per legge in Roma, via Marcantonio Colonna, 27;

nei confronti di

Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC Società Cooperativa, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo con Acqua e Ambiente Società Consortile a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Izzo e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Raffaele Izzo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

per la riforma

della sentenza T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I TER n. 18454/2010, resa tra le parti, concernente APPALTO PER REALIZZAZIONE ADDUTTRICI RETE FOGNARIE E RAZIONALIZZAZIONE DEPURAZIONE - MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e del Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC Società Cooperativa, nella qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2011 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Pugliano, per delega dell'Avv. Tedeschini, Privitera e Izzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1.- La Regione Lazio, con bando di gara pubblicato il 15 - 17 giugno 2009, indicava una procedura selettiva di appalto concorso per la progettazione e l'esecuzione di collettori fognari nei comuni del comprensorio dei Castelli Romani, nonché l'ampliamento dell'impianto di depurazione di Grottaferrata, con la realizzazione di una nuova linea da 40.000 a.c., il potenziamento dell'impianto di depurazione di Boccapiana in comune di Palestrina con una nuova linea da 5.000 a.c. e la realizzazione di un nuovo impianto di depurazione nel comune di San Cesareo da 30.000 a.c.

I partecipanti dovevano presentare un progetto definitivo - esecutivo sulla base del preliminare posto a base di gara e lo studio di impatto ambientale.

Alla gara partecipavano, tra le altre, la costituenda a.t.i. tra Franco Giuseppe s.r.l. e Ligeam s.r.l., che dichiaravano di voler partecipare alla gara in associazione temporanea di tipo verticale e che per la redazione del progetto definitivo - esecutivo intendevano associarsi ai sensi dell'art. 3, comma 8, d.p.r. n. 34 del 2000 e dell'art. 90 del d. lgv. n. 163 del 2006, con il costituendo raggruppamento di progettisti con capogruppo Studio Idrotecnico Colosimo.

Le suddette imprese Franco Giuseppe s.r.l. e Ligeam s.r.l. corredavano l'offerta della cauzione provvisoria nella misura dell'1% intestata solamente a sé medesime.

La Commissione di gara ne disponeva l'esclusione assumendo che "dalla documentazione esaminata si evince che si tratta di due costituende associazioni temporanee separate, che firmeranno due contratti non ben precisati: la commissione, come richiesto anche negli atti di gara, trattandosi di appalto concorso di cui al d.p.r. 554 del 1999, non si trova di fronte ad un concorrente costituito da un unico soggetto partecipante alla gara, seppur in associazione temporanea di imprese ancora da costituire, ma di fronte a due costituende associazioni temporanee di imprese che eseguiranno al 100% i lavori la prima e al 100% i servizi di progettazione la seconda, separatamente: inoltre, la cauzione provvisoria prodotta è intestata solo alla prima costituenda associazione e non anche a quella costituenda tra i progettisti e, quindi, non garantisce l'amministrazione".

2.- Le imprese Franco Giuseppe e Ligeam impugnavano davanti al TAR Lazio il provvedimento di esclusione, l'aggiudicazione definitiva e il provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione definitiva.

Il Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC Società cooperativa, aggiudicataria dell'appalto in associazione temporanea con Acqua Ambiente soc. consortile a r.l. e Prog. In. s.r.l., si costituiva in giudizio e proponeva ricorso incidentale con il quale deduceva ulteriori motivi per i quali la commissione di gara avrebbe dovuto escludere le società ricorrenti.

3.- Il TAR Lazio, con la sentenza qui appellata, respingeva il ricorso introduttivo; dichiarava inammissibili i motivi aggiunti e il ricorso incidentale, con condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese di giudizio.

Secondo il TAR Lazio anche i progettisti sarebbero tenuti al versamento della cauzione di cui all'art. 75 del d. lgv. n. 163 del 2006, in quanto “nel caso in esame, anche i progettisti debbono essere qualificati – al pari delle ulteriori imprese del raggruppamento temporaneo ossia delle imprese tenute ad eseguire i lavori – “soggetti partecipanti alla gara” nell’ambito del costituendo raggruppamento”.

4.- Le società Franco Giuseppe s.r.l. e Ligeam s.r.l. hanno appellato la suddetta sentenza, chiedendone la riforma per error in iudicando sotto i seguenti profili:

- a) perché l’esclusione dei progettisti dall’obbligo di prestare cauzione provvisoria, a prescindere dal fatto che siano o meno qualificabili come “soggetti partecipanti alla gara” sarebbe stata affermata dall’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici e dalla giurisprudenza e sarebbe prevista dal nuovo regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti pubblici;
- b) perché la lex di gara richiederebbe quale garanzia in capo al progettista solamente ed esclusivamente la prestazione di una polizza assicurativa di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento della propria attività;
- c) per violazione degli articoli da 1 a 10 della l. n. 241 del 1990 e del principio del giusto procedimento, in quanto la commissione avrebbe dovuto instaurare il contraddittorio prima di disporre l’esclusione, trattandosi di norma di dubbia interpretazione.

Si è costituita in giudizio la Regione Lazio che ha confutato le censure dell’appellante, concludendo per il rigetto dell’appello.

Il Consorzio Cooperative Costruzioni – CCC – società cooperativa, aggiudicataria dell’appalto, ha proposto appello incidentale, deducendo:

violazione dell’art. 51, comma 5 del d.p.r. n. 554 del 1999, perché nello studio associato Colosimo non risulterebbe la presenza di un professionista abilitato da meno di cinque anni all’esercizio della professione;

violazione della lex specialis nella parte in cui richiede la presentazione di copia autentica del certificato camerale e dell’attestazione SOA e non di copia semplice, come prodotta dalla Ligeam s.r.l.;

violazione del disciplinare di gara, nella parte in cui richiede la firma di ciascun progettista sul frontespizio dell’offerta tecnica, non rispettata dall’a.t.i. appellante;

violazione della lex specialis di gara nella parte in cui vieta il subappalto per la categoria di lavori OS22 class. VI, laddove la Ligeam s.r.l., partecipante al raggruppamento solamente per la suddetta categoria di lavori, avrebbe dichiarato di ricorrere al subappalto in caso di aggiudicazione;

violazione dell’art. 37 del d. lgv. n. 163 del 2006 e dell’art. 95 del d.p.r. n. 554 del 1999, con riferimento alla mancata dichiarazione di corrispondenza da parte dei progettisti, tra le quote di partecipazione al raggruppamento e i relativi requisiti economico – finanziari.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e alla pubblica udienza del 21 giugno 2011, il giudizio è stato assegnato in decisione.

5.- L'appello è infondato e va respinto.

Il provvedimento di esclusione della costituenda a.t.i. tra Franco Giuseppe s.r.l. e Ligeam s.r.l. risulta adottato sulla base delle seguenti ragioni:

- il concorrente non è costituito da un unico soggetto partecipante alla gara, seppure in associazione temporanea di imprese da costituire, ma di due costituende associazioni temporanee di imprese che eseguiranno al 100% i lavori la prima e al 100% i servizi di progettazione la seconda, separatamente;

- la cauzione provvisoria prodotta è intestata solo alla prima costituenda associazione e non anche a quella costituenda tra i progettisti e, quindi, non garantisce l'amministrazione.

5.1- Le appellanti sostengono che tale affermazione della commissione di gara sarebbe erronea e frutto di una travisata valutazione della dichiarazione presentata a corredo dell'offerta e causata da una distorta interpretazione dei documenti e della disciplina di gara.

La censura è infondata.

E' indubbio, come già affermato in sentenza, che le società appellanti non hanno partecipato alla procedura concorsuale in raggruppamento sia pure costituendo con lo studio dei progettisti, ma come due soggetti distinti.

Franco Giuseppe s.r.l. e Ligeam s.r.l., infatti, hanno dichiarato di voler partecipare alla gara in associazione temporanea di imprese di tipo verticale, mentre per la redazione del progetto hanno dichiarato di volersi associare ai sensi dell'art. 3, comma 8, d.p.r. n. 34 del 2000 e dell'art. 90 del d.lgv. n. 163 del 2006, con il costituendo raggruppamento di progettisti con capogruppo Studio Idrotecnico Colosimo.

Quanto al raggruppamento di professionisti, questo rendeva alla stazione appaltante dichiarazione di impegno in caso di aggiudicazione ad uniformarsi alla disciplina vigente in materia di pubblici servizi con riguardo alle associazioni temporanee, nonché a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza al dott. Ing. Raffaello Colosimo, legale rappresentante dello studio Idrotecnico Colosimo, qualificato come capogruppo, il quale avrebbe stipulato il contratto in nome proprio e delle mandanti.

Tali dichiarazioni provano in maniera inconfutabile la presenza di due costituende associazioni temporanee distinte, di cui l'una avrebbe eseguito al 100% le opere e l'altra avrebbe eseguito al 100% i servizi di progettazione, alla stregua della fattispecie dell'appalto integrato.

Invece, la disciplina applicabile alla procedura de qua non è quella dell'appalto integrato di cui all'art. 53 del codice dei contratti pubblici, che consente alle imprese di indicare i soggetti incaricati della redazione del progetto senza necessariamente costituirsi in a.t.i., restando esse stesse obbligate nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice ed escludendo da tale vincolo i progettisti.

L'efficacia dell'art. 53 del codice dei contratti pubblici è stato sospeso dal secondo decreto correttivo (d. lgv. n. 113 del 2007) e la stazione appaltante era impossibilitata a prevederlo, né dalla disciplina di gara, risulta che abbia fatto applicazione di tale norma.

Fermo, dunque, che nel caso si trattava di appalto concorso di cui al d.p.r. 554 del 1999, caratterizzato da concorrente costituito da un unico soggetto partecipante alla gara, seppur in associazione temporanea di imprese ancora da costituire, il raggruppamento partecipante, costituito da imprese e progettisti, al di là della forma adottata, doveva considerarsi obbligato in solido nei confronti dell'amministrazione per l'intera prestazione che comprende sia la progettazione che l'esecuzione delle opere, sicché l'obbligo di prestare la cauzione provvisoria, gravava su tutti i soggetti, responsabili solidalmente e inscindibilmente nei confronti dell'amministrazione.

I principi vigenti in materia di cauzione provvisoria, sanciti dall'adunanza plenaria n. 8 del 4 ottobre 2005, impongono, infatti, di considerare soggetti obbligati a prestare la cauzione provvisoria tutti i soggetti che intendono eseguire l'opera e/o la progettazione, senza esclusione alcuna, perché individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara.

Diversamente opinando, qualora l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 2400 del 2009).

Tanto trova ragione, come affermato dalla citata adunanza plenaria n. 8 del 2005, nella "causa" e nella "funzione della cauzione provvisoria" (la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1937 c.c.; quanto alla funzione, la cauzione provvisoria con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario; dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedimentali del concorrente. Nell'uno e nell'altro caso, in presenza di una a.t.i. costituenda, il soggetto garantito non è l'a.t.i. 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, quello per le future mandanti di conferire mandato collettivo all'impresa designata capogruppo che stipulerà il contratto con l'amministrazione).

In conclusione, deve ribadirsi che, nel caso di a.t.i. costituende, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, venendosi, diversamente, a configurare una carenza di garanzia per la stazione appaltante qualora l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Da ciò la ravvisata carenza di garanzia dell'offerta della costituenda a.t.i. appellante, la cui cauzione provvisoria era intestata solo al costituendo raggruppamento di imprese e non a quello di professionisti.

5.2- Le appellanti sostengono, invero, che la *lex specialis* di gara e la vigente normativa, quale garanzia in capo al progettista, prescriverebbero solo ed esclusivamente l'obbligo della prestazione di una polizza assicurativa di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dalla propria attività.

La prospettazione difensiva non può essere condivisa, perché la costituzione della polizza assicurativa, prevista dall'art. 111 del d. lgv. n. 163 del 2006 è solamente a garanzia dell'attività di

progettazione e quindi è una garanzia diversa dalla cauzione a corredo dell'offerta richiesta dall'art. 75 del codice degli appalti pubblici, che – come si è detto – persegue il diverso scopo tipico della cauzione provvisoria, di garantire l'amministrazione sulla serietà della partecipazione alla gara.

5.3- Quanto alla dedotta violazione degli articoli da 1 a 10 della l. n. 241 del 1990, la censura è parimenti infondata, atteso che la commissione di gara ha motivato la causa di esclusione, richiamando, peraltro, norme del bando e norme di legge estremamente chiare.

Per le ragioni esposte l'appello deve essere respinto, con conseguente improcedibilità dell'appello incidentale.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna gli appellanti al pagamento in solido tra loro delle spese di giudizio che si liquidano in euro 3.000,00 in favore della Regione Lazio e in euro 3.000,00 in favore del Consorzio Cooperative Costruzioni - CCC Società Cooperativa, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Doris

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA

Il 08/10/2011

II. SEGRETA

(A-4-89-2-1)