

Cons. Stato Sez. V, Sent., 13-07-2010, n. 4533

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 2810 del 2009, proposto da:

Z.- G.C.C. Spa e G.P. Spa, in Pr. e Q. componenti Ati, rappresentate e difese dagli avv. Gernot Rossler, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II,349;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, rappresentata e difesa dagli avv. Stephan Beikircher, Michele Costa, Laura Fadanelli, Maria Larcher, con domicilio eletto presso Michele Costa in Roma, via Bassano del Grappa N.24;

nei confronti di

CleC.L.E. Soc. Coop. e U. Srl, in Pr. e q. componenti Ati, rappresentate e difese dagli avv. Alessandro Fabbrini, Arturo Knering, Michela Reggio D'Acì, con domicilio eletto presso Michela Reggio D'Acì in Roma, via degli Scipioni,288;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 00082/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI SISTEMAZIONE LICEO CLASSICO "BEDA WEBER" DI MERANO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2010 il Cons. Roberto Chieppa e uditi per le parti gli avvocati Sandulli, Costa e Knering;

## Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. La Provincia autonoma di Bolzano indiceva una procedura di appalto dei lavori di sistemazione del liceo classico "Beda Weber" di Merano, con importo a base di gara di Euro 7.475.345,80, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

All'esito della gara l'appalto veniva aggiudicato alla P.B. AG, capogruppo di ATI con B. S.r.l., con punti 90,87, mentre la Z. S.p.a, capogruppo di ATI con G.P. S.p.a., si classificava seconda con punti 90,72 e la C.L.E., capogruppo di ATI con U. S.r.l, quarta con punti 86,92;

La società Z. impugnava l'aggiudicazione davanti al T.R.G.A. di Bolzano, rilevando che la polizza fideiussoria allegata all'offerta dell'aggiudicataria era priva di qualsiasi indicazione non solo circa l'impresa B. S.r.l, futura mandante della costituenda ATI, ma anche circa la natura collettiva della partecipazione alla gara.

Il T.R.G.A., con sentenza n. 178/2008, dichiarava inammissibile il ricorso incidentale proposto dalle ditte P.B. AG e B. S.r.l., in quanto depositato tardivamente e accoglieva il ricorso principale, annullando l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI P.B. AG. in relazione all'unica censura concernente la mancanza nel documento fideiussorio di qualsiasi indicazione relativa alla futura mandante e della qualità di mandataria della P..

Il ricorso in appello proposto dalla P. avverso tale sentenza è stato respinto da questa Sezione come da dispositivo n. 168/2010.

A seguito della sentenza n. 178/2008 del T.R.G.A., la Commissione rinnovava il procedimento e, dopo aver esaminato nuovamente tutte le polizze fideiussorie delle partecipanti e verificato che anche le cauzioni provvisorie delle ditte risultanti seconda e terza non corrispondevano a quanto richiesto dal punto 3 del Capitolato condizioni, decideva di escludere anche le ditte Z. AG, capogruppo di ATI con G.P. S.p.a, e Caser [amp ] Figli S.r.l., capogruppo di ATI con Linel S.r.l. e Moriggl S.r.l. e di aggiudicare la gara alla quarta classificata C.L.E. - Cooperativa lavoratori edili, Società cooperativa, capogruppo di ATI con Union S.r.l..

La Z.- G.C.C. S.p.a. (subentrata nella posizione della Z. S.p.a.) impugnava davanti allo stesso T.R.G.A. di Bolzano tale aggiudicazione e il ricorso veniva respinto con sentenza n. 82/2009.

La Z.- G.C.C. S.p.a. ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

La Provincia autonoma di Bolzano e il raggruppamento C.L.E. - Cooperativa lavoratori edili, Società cooperativa e Union S.r.l. si costituivano in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso.

All'odierna udienza la causa veniva trattenuta in decisione.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla contestazione da parte di ZH della rinnovazione di una procedura di appalto indetta dalla Provincia autonoma di Bolzano, in esecuzione di una sentenza del T.R.G.A. con cui era stato accolto un precedente ricorso della dante causa di ZH (sentenza poi confermata da questa Sezione).

Con la sentenza del T.R.G.A. n. 178/08 era stata accertata l'illegittimità della prima aggiudicazione all'Ati P. per essere stata la cauzione rilasciata in favore della sola mandataria P., senza alcuna citazione dell'Ati e della mandante.

La Provincia ha dato esecuzione a tale pronuncia, sottoponendo a verifica anche le garanzie prestate dalle altre partecipanti ed escludendo dalla gara la seconda e la terza classificata.

ZH contesta la rinnovazione della procedura sotto un primo profilo di violazione del giudicato, deducendo che l'eccezione della non rispondenza al Capitolato della cauzione prestata da Z. era stata sollevata e non accolta nel giudizio avente ad oggetto la prima aggiudicazione.

La censura non è fondata.

La mancata esclusione della Z. aveva costituito oggetto di un ricorso incidentale proposto dalla impresa P., non esaminato nel merito dal T.R.G.A. perché dichiarato inammissibile per tardività del deposito.

La questione non ha quindi formato oggetto delle statuizioni del T.R.G.A., che non ha neanche esaminato l'eccezione proposta dalla Provincia, ma anzi ha precisato che non poteva essere accolta la domanda diretta alla condanna dell'amministrazione all'aggiudicazione della gara.

Il ricorso è stato quindi accolto "limitatamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione" e respinto nel resto.

Da ciò deriva che non sussisteva alcun obbligo conformativo per la Provincia di aggiudicazione della gara a ZH, che - come sostenuto dalle appellate - non si era formato alcun giudicato implicito sulla validità della fideiussione presentata da Z. e che la rinnovazione degli atti di gara era rimessa all'amministrazione, ferma restando le necessaria esclusione dell'Ati P..

Legittimamente l'amministrazione ha, quindi, sottoposto a verifica, sotto il profilo della cauzione, anche le offerte delle altre imprese rimaste in gara, senza alcuna violazione della sentenza del T.R.G.A. e senza alcuna illegittima

regressione della procedura ad una fase anteriore a quella imposta dall'annullamento della prima aggiudicazione.

3. Passando all'esame delle censure proposte da ZH avverso la sua esclusione dalla procedura, si rileva come l'atto impugnato non sia in alcun modo viziato da difetto di motivazione, avendo l'amministrazione chiaramente fatto riferimento alla non rispondenza al Capitolato della cauzione prestata dal raggruppamento Z..

Il punto centrale della controversia è, quindi, costituito dalla verifica della legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti dell'Ati Z..

ZH sostiene che la cauzione era conforme al capitolato e alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza (Cons. Stato, ad. plen., n. 8/2005), essendo stata prestata in favore di tutte le imprese componenti la costituenda Ati, espressamente menzionate nella polizza a differenza della garanzia prestata dalla P..

Il motivo è fondato.

Con la decisione n. 8 del 2008 l'adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha evidenziato che 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 procedurali del concorrente.

E' stato, quindi, ritenuto che nell'uno e nell'altro caso, in presenza di una ATI costituenda, 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 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 alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione.

Il fideiussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento delle offerenti - mandanti e cioè deve garantire l'amministrazione anche nel caso in cui, per fatto imputabile a tutti, o anche soltanto a taluno degli offerenti, il mandato non venga rilasciato e, di conseguenza, non emerga un mandatario comune e, quindi, il contratto non possa essere stipulato.

E' stato, dunque, concluso che, soprattutto nel caso di ATI costituende, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara.

Diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, tutte le volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Nel caso di specie, la lex specialis della gara si è uniformata a tali principi, richiedendo che "la cauzione deve essere prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti".

A differenza della garanzia prestata dalla impresa P., la Z. ha presentato una fideiussione, emessa dalla Cassa di risparmio dell'Alto Adige, che faceva riferimento, fin nell'intestazione e nelle premesse, alla costituenda Ati e alla mandante G.P. s.p.a..

Era poi precisato che la cauzione era prestata "nell'interesse della capogruppo - mandataria Z. s.p.a. in nome e per conto dell'Associazione temporanea di imprese: Z. s.p.a. e G.P. s.p.a. e a favore della Provincia autonoma di Bolzano" (traduzione della fideiussione prodotta in giudizio).

Deve ritenersi che tale fideiussione fosse idonea a garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento di Z., ma anche per l'eventuale inadempimento della mandante, espressamente menzionata nella garanzia.

La cauzione è stata, quindi, "prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti", come richiedeva il Capitolato di gara e alcun rilievo escludente può essere attribuito al fatto che nell'atto sia stata citata prima l'Ati e poi le due imprese e alla differenza (solo formale) con la garanzia offerta dalla quarta classificata, che menzionava le due imprese in Ati.

Deve, quindi, ritenersi che l'amministrazione abbia illegittimamente escluso l'Ati Z. dalla gara e abbia, di conseguenza, illegittimamente aggiudicato la gara alla quarta classificata.

4. In conclusione, il ricorso in appello deve essere accolto e, in riforma dell'impugnata sentenza, deve essere accolto il ricorso proposto in primo grado con annullamento dei provvedimenti impugnati.

Alla soccombenza delle parti appellate seguono le spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto in primo grado e annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna le parti appellate in solido alla rifusione, in favore delle appellanti, delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella complessiva somma di Euro 8.000,00, oltre Iva e C.P..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere