

La necessità dell'intestazione della polizza fideiussoria anche alle imprese mandanti della costituenda ati deriva dall'esigenza di coprire i rischi attinenti ai casi in cui l'inadempimento sia ascrivibile a queste ultime e, quindi, di evitare che la stazione appaltante resti sprovvista di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) risulti addebitabile ad una o più imprese mandanti.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3660 del 19 giugno 2006 in tema di intestazione della cauzione provvisoria in caso di Ati, così si esprime:

<Deve, al riguardo, precisarsi che, dopo la camera di consiglio del 24 settembre 2004 (all'esito della quale la Sezione aveva espresso il convincimento, seppur nelle forme tipiche del giudizio cautelare, della regolarità della polizza intestata alla sola capogruppo), l'Adunanza Plenaria, espressamente investita della questione, ha chiarito che, nella medesima situazione qui controversa, la garanzia, richiesta a titolo di cauzione provvisoria, deve essere prestata, a pena di esclusione, anche dalle imprese mandanti (Cons. St., Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n.8).>

ma non solo. Nella fattispecie sottoposta al supremo Giudice amministrativo:

<Così illustrate le ragioni per le quali la polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria deve essere intestata, a pena di esclusione, anche alle mandanti della costituenda ati, resta da chiarire che anche la disciplina di gara, là dove imponeva alle concorrenti la prestazione, quale cauzione provvisoria, di fideiussione bancaria (punto 5.1 della lettera di invito), prescriveva l'adempimento nei termini appena chiariti, dovendosi leggere la citata clausola come indirizzata a tutte le concorrenti, ancorché destinate ad associarsi successivamente in ati.>

inoltre, il giudice di Palazzo spada non ha dubbi, la cauzione non poteva essere successivamente regolarizzata:

<la produzione di una polizza intestata anche all'impresa mandante integra, infatti, un adempimento sostanziale successivo, e non il completamento di un documento solo formalmente carente, ad una precisa prescrizione di gara rivolta anche all'impresa rimasta inadempiente e si riferisce ad una regola partecipativa la cui inosservanza risulta espressamente sanzionata, nella lettera di invito, con l'esclusione.>

questo poiché:

<La possibilità di integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, invocata in via sostanziale dalla società e negata dall'amministrazione, incontra, invero, un duplice limite:

a) la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali
; b) la regolarizzazione non può mai riguardare produzioni documentali violative di prescrizioni del bando (o della lettera di invito) presidiate dalla comminatoria di esclusione >

a cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 7610/2004, proposto da

*** MARIO COSTRUZIONI SRL IN PR. E Q. CAP. A.T.I.
ATI - *** S.P.A.

contro

MINISTERO GIUSTIZIA -DIPARTIM. AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA
e nei confronti di

per la riforma della sentenza del TAR LAZIO - ROMA: SEZIONE I QUATER n.6475/2004, resa tra
le parti;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: MINISTERO GIUSTIZIA -DIPARTIM.
AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA, * CONTRACT S.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visto il dispositivo di sentenza n. 298 del 2 marzo 2006;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 28 aprile 2006, relatore il consigliere Carlo Deodato, ed uditi, altresì, gli
avvocati Mazzone, Di Paolo e l'Avvocato dello Stato Cesaroni;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata il T.A.R. del Lazio respingeva il ricorso della *** Mario Costruzioni s.r.l.
(d'ora innanzi: ***), in proprio e quale capogruppo della costituenda ati con la *** s.p.a., avverso la sua
esclusione dalla procedura indetta dal Ministero della Giustizia – Dipartimento dell'Amministrazione
Penitenziaria per l'aggiudicazione dell'appalto avente ad oggetto i lavori di ristrutturazione
dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario di Barcellona Pozzo di Gotto, giudicando corretto il rilievo,
posto a base dell'impugnata estromissione dalla gara, della violazione della clausola della lettera di invito
che imponeva la prestazione della cauzione provvisoria da parte di ciascuna delle imprese destinate a
costituirsi in ati.

Avverso la predetta decisione proponeva rituale appello la ***, criticando le argomentazioni assunte a
sostegno della pronuncia reiettiva gravata, della quale domanda la riforma, con conseguente
annullamento dei provvedimenti impugnati in prima istanza.

Resistevano il Ministero della Giustizia ed *** Contract s.r.l. (controinteressata nel giudizio di primo
grado, quale impresa aggiudicataria dell'appalto), contestando la fondatezza dei motivi di gravame e
difendendo la correttezza della decisione appellata, della quale invocavano la conferma, previa reiezione
del ricorso della ***.

Con ordinanza n.4510/2004, resa nella camera di consiglio del 24 settembre 2004, veniva accordata la tutela cautelare invocata dalla società appellante e, per l'effetto, veniva sospesa l'efficacia della sentenza gravata.

Alla pubblica udienza del 28 aprile 2006 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Nel merito le parti controvertono sulla legittimità degli atti della licitazione privata indetta dal Ministero della Giustizia – Dipartimento per l'Amministrazione Penitenziaria per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione dell'Ospedale Psichiatrico Giudiziario di Barcellona Pozzo di Gotto, e, in particolare, dell'esclusione dalla gara dell'ati ***, sotto il duplice profilo della regolarità della garanzia fideiussoria prestata da quest'ultima, a titolo di cauzione provvisoria, e della correttezza dell'omessa riammissione alla procedura della concorrente esclusa, a seguito della regolarizzazione della polizza.

I primi giudici hanno, in particolare, giudicato legittime sia l'esclusione, siccome fondata sul corretto rilievo dell'imputazione della garanzia alla sola impresa capogruppo (e non anche alla mandante), sia l'omessa riammissione alla gara dell'ati ***, siccome ritenuta preclusa dal necessario rispetto della par condicio dei concorrenti (che sarebbe stata pregiudicata dall'assenso ad un'integrazione postuma di un requisito carente).

La società appellante critica le ragioni assunte a sostegno della pronuncia gravata ed insiste nel denunciare l'illegittimità della sua esclusione dalla procedura e, in ogni caso, della sua mancata riammissione alla gara.

2.- Con il principale ordine di considerazioni, articolate nei primi due motivi di appello (esaminabili, pertanto, congiuntamente), la *** contesta lo stesso presupposto dell'impugnata esclusione, e, cioè, la necessità, secondo la disciplina di gara ed i principi generali, che la garanzia fideiussoria dovesse essere intestata anche alla mandante (oltre chè alla capogruppo).

2.1- Deve, al riguardo, precisarsi che, dopo la camera di consiglio del 24 settembre 2004 (all'esito della quale la Sezione aveva espresso il convincimento, seppur nelle forme tipiche del giudizio cautelare, della regolarità della polizza intestata alla sola capogruppo), l'Adunanza Plenaria, espressamente investita della questione, ha chiarito che, nella medesima situazione qui controversa, la garanzia, richiesta a titolo di cauzione provvisoria, deve essere prestata, a pena di esclusione, anche dalle imprese mandanti (Cons. St., Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n.8).

Orbene, l'autorevolezza e la prossimità temporale del pronunciamento appena riferito impongono la revisione dell'avviso manifestato in sede cautelare e l'applicazione dei principi enunciati dall'Adunanza Plenaria, consentendo, peraltro, un sintetico richiamo alle argomentazioni utilizzate per la loro affermazione.

2.2- Basti, allora, ribadire che la necessità dell'intestazione della polizza fideiussoria anche alle imprese mandanti della costituenda ati deriva dall'esigenza di coprire i rischi attinenti ai casi in cui l'inadempimento sia ascrivibile a queste ultime e, quindi, di evitare che la stazione appaltante resti sprovvista di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) risulti addebitabile ad una o più imprese mandanti.

2.3- Così illustrate le ragioni per le quali la polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria deve essere intestata, a pena di esclusione, anche alle mandanti della costituenda ati, resta da chiarire che anche la disciplina di gara, là dove imponeva alle concorrenti la prestazione, quale cauzione provvisoria,

di fideiussione bancaria (punto 5.1 della lettera di invito), prescriveva l'adempimento nei termini appena chiariti, dovendosi leggere la citata clausola come indirizzata a tutte le concorrenti, ancorché destinate ad associarsi successivamente in ati.

2.4- Deve, in conclusione, confermarsi la correttezza dell'esclusione dell'ati ***, in quanto disposta in doverosa esecuzione della regola di partecipazione sopra precisata.

3.- Con il terzo motivo l'appellante insiste, infine, nel sostenere l'illegittimità dell'omessa sua riammissione alla gara, a seguito della regolarizzazione della polizza fideiussoria.

3.1- Anche tale censura si rivela infondata e va, pertanto, disattesa.

3.2- La possibilità di integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, invocata in via sostanziale dalla *** e negata dall'amministrazione, incontra, invero, un duplice limite: a) la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali (Cons. St., sez.VI, 31 agosto 2004, n.5734); b) la regolarizzazione non può mai riguardare produzioni documentali violative di prescrizioni del bando (o della lettera di invito) presidiate dalla comminatoria di esclusione (Cons. St., sez.IV; 9 dicembre 2002, n.6675).

Orbene, nella fattispecie in esame ricorrono entrambi gli ostacoli appena precisati: la produzione di una polizza intestata anche all'impresa mandante integra, infatti, un adempimento sostanziale successivo, e non il completamento di un documento solo formalmente carente, ad una precisa prescrizione di gara rivolta anche all'impresa rimasta inadempiente e si riferisce ad una regola partecipativa la cui inosservanza risulta espressamente sanzionata, nella lettera di invito, con l'esclusione.

3.3- Deve, quindi, riscontrarsi la correttezza anche dell'omessa riammissione alla gara della ***, a fronte della ricorrenza delle ragioni ostative appena precisate ed a tutela della par condicio dei concorrenti (che sarebbe rimasta irrimediabilmente sacrificata dall'eventuale sanatoria della violazione riscontrata a carico dell'ati esclusa).

4.- Alle considerazioni che precedono conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

5.- L'incertezza, al momento della proposizione dell'appello, della questione principalmente dibattuta giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, respinge il ricorso indicato in epigrafe e compensa le spese tra le parti le spese processuali;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 28 aprile 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 19 giugno 2006