

Associazione per cooptazione : nel caso di ipotesi regolata da 4° comma dell'art. 95 del D.p.r. 554/99 (norma che resta "viva" anche con il nuovo codice degli appalti a norma dell'articolo 257) il quale consente alla singola impresa o all'associazione temporanea da costituire, che abbiano i requisiti prescritti per partecipare alla gara, di associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultime non superiori il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati, la cauzione provvisoria basta sia intestata alla ditta "capogruppo", diversamente dalle altre ipotesi, di costituenda associazione temporanea ordinaria (di tipo verticale od orizzontale) secondo cui la garanzia fideiussoria provvisoria, deve essere intestata a tutte le associate (senza bisogno della loro firma), che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara

Il Consiglio di Stato con la decisione 4655 del 25 luglio 2006 ci insegna che:

<Il Collegio non ha motivi per discostarsi dal recente orientamento espresso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio nella decisione n. 8 del 4.10.2005, secondo cui la garanzia fideiussoria, nel caso di ATI costituenti, 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, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), in conclusione, 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.

Invero, detto principio si riferisce all'ipotesi di una costituenda associazione temporanea ordinaria (di tipo verticale od orizzontale) di cui all'art. 95, commi 2 e 3, D. L.vo 21.12.1999 n. 554, mentre nel caso in esame si tratta dell'ipotesi regolata da 4° comma del menzionato articolo, il quale consente alla singola impresa o all'associazione temporanea da costituire, che abbiano i requisiti prescritti per partecipare alla gara, di associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultime non superiori il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

In quest'ultimo caso, si è in presenza della c.d. associazione per cooptazione, già contemplata dall'art. 23, 6° comma, D. L.vo 19.12.1991 n. 406, che ha lo scopo di far entrare nel sistema degli appalti pubblici imprese di modeste dimensioni che altrimenti non potrebbero parteciparvi per mancanza dei requisiti prescritti per costituire un'associazione ordinaria (cfr. la decisione di questa Sezione n. 3129 dell'11.6.2001).

Nella specie, nel partecipare alla gara vi era stata espressa dichiarazione della futura aggiudicataria, in possesso da sola dei prescritti requisiti, ad associare un'altra ditta ai sensi dell'art. 95, 4° comma D.P.R. n. 554/1999, con impegno a non eseguire più del 20 % dell'importo complessivo dei lavori, e di conseguenza la ditta associata ha assunto nei confronti della stazione appaltante solo un ruolo secondario che non abbisogna di essere coperto dalla garanzia fideiussoria. >

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5153/2005 proposto dalle Soc. **** SRL QUALE CAPOGRUPPO ATI ;

- ATI **** COSTRUZIONI SRL rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Abbamonte con domicilio eletto in Roma via degli Avignonesi, n. 5; presso l'avv. Andrea Abbamonte;

CONTRO

- il CONSORZIO SMALTIMENTO RR.SS.UU. BN/1 non costituitosi;
e nei confronti di

- ATI ****. SCARL non costituitosi;

ATI **** COSTRUZIONI & FIGLI SRL non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del TAR CAMPANIA - NAPOLI: Sezione I n. 2481/2005, resa tra le parti, concernente APPALTO PER LAVORI DI BONIFICA E SISTEMAZIONE IMPIANTO DI PIANO BOREA;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 31 marzo 2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed udito, altresì, l'avvocato F. Accarino su delega dell'avv. Abbamonte;

Visto il dispositivo di decisione n. 240/2006

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata, il TAR Campania ha respinto il ricorso proposto dall'ATI **** avverso la delibera del Consorzio smaltimento rifiuti solidi urbani BN/1 in data 20.5.2002, recante aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI ****. dei lavori di bonifica della vasca n. 1 dell'impianto di Piano Borea.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello l'ATI ****, deducendo quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la **** e la **** dovevano essere escluse dalla gara per l'inidoneità della fideiussione bancaria presentata a titolo di cauzione provvisoria, essendo stata la garanzia rilasciata a nome della sola mandataria, senza alcun riferimento alle obbligazioni facenti capo all'impresa mandante e senza alcuna menzione del costituendo raggruppamento

- l'impresa ****, sebbene in possesso dei requisiti richiesti dal bando, aveva illegittimamente associato a sé l'impresa **** priva dei requisiti prescritti nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento; né era idonea a sanare tale difetto la circostanza che vi fosse associazione in cooptazione;

- le buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica dovevano essere ceralaccate e controfirmate sui lembi di chiusura, mentre l'offerta dell'ATI convenuta era contenuta in un plico ceralaccato e siglato solo su di una facciata e sul lembo di chiusura sovrapposto, per cui occorreva procedere all'esclusione dell'ATI aggiudicataria.

Ha quindi richiesto il risarcimento del danno patito per la mancata esclusione dell'ATI **** - ****.

Con memoria conclusiva, l'appellante ha in particolare ribadito che l'inidonea sigillatura era stata tale da consentire all'interno del plico una sostituzione della busta contenente l'offerta economica.

2. Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 31.3.2006.

3. L'appello è infondato.

3.1. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, l'impresa aggiudicataria non doveva essere esclusa dalla gara in relazione alla prospettata inidoneità della fideiussione bancaria presentata a titolo di cauzione provvisoria, per essere stata la garanzia rilasciata a nome della sola mandataria, senza alcun riferimento alle obbligazioni facenti capo all'impresa mandante e senza alcuna menzione del costituendo raggruppamento.

Il Collegio non ha motivi per discostarsi dal recente orientamento espresso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio nella decisione n. 8 del 4.10.2005, secondo cui la garanzia fideiussoria, nel caso di ATI costituenti, 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, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), in conclusione, 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.

Invero, detto principio si riferisce all'ipotesi di una costituenda associazione temporanea ordinaria (di tipo verticale od orizzontale) di cui all'art. 95, commi 2 e 3, D. L.vo 21.12.1999 n. 554, mentre nel caso in esame si tratta dell'ipotesi regolata da 4° comma del menzionato articolo, il quale consente alla singola impresa o all'associazione temporanea da costituire, che abbiano i requisiti prescritti per partecipare alla gara, di associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultime non superiori il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni posseduto da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

In quest'ultimo caso, si è in presenza della c.d. associazione per cooptazione, già contemplata dall'art. 23, 6° comma, D. L.vo 19.12.1991 n. 406, che ha lo scopo di far entrare nel sistema degli appalti pubblici imprese di modeste dimensioni che altrimenti non potrebbero parteciparvi per mancanza dei

requisiti prescritti per costituire un'associazione ordinaria (cfr. la decisione di questa Sezione n. 3129 dell'11.6.2001).

Nella specie, nel partecipare alla gara vi era stata espressa dichiarazione della ****, in possesso da sola dei prescritti requisiti, ad associare la ditta **** ai sensi dell'art. 95, 4° comma D.P.R. n. 554/1999, con impegno a non eseguire più del 20 % dell'importo complessivo dei lavori, e di conseguenza la **** ha assunto nei confronti della stazione appaltante solo un ruolo secondario che non abbisogna di essere coperto dalla garanzia fideiusoria.

3.2. Ne discende che non può essere condivisa neppure la doglianza secondo cui l'impresa **** sarebbe priva dei requisiti prescritti nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. Invero detto requisito minimo del 10% si riferisce solo al caso di associazione di tipo orizzontale, contemplata dall'art. 95, secondo comma, D.P.R. n. 554/1999, mentre nella specie si tratta di associazione in cooptazione, come sopra precisato.

3.3. Priva di fondamento è anche l'ultima doglianza con la quale si assume che l'offerta dell'ATI convenuta era contenuta in un plico ceralaccato e siglato solo su di una facciata e sul lembo di chiusura sovrapposto.

La relativa problematica non è sfuggita alla commissione di gara, la quale non solo ha dichiarato a verbale che l'offerta della ****-**** era integra e regolare ma, a fronte delle osservazioni del Direttore tecnico di ****, ha ritenuto sostanzialmente garantita la segretezza dell'offerta. Anche il TAR si è espresso negli stessi termini, rilevando che la chiusura con nastro adesivo costituisce un quid plus rispetto alla sigillatura della busta, di tal che non può in alcun modo ridondare in termini negativi sull'esigenza di segretezza dell'offerta.

Né in appello sono stati offerti elementi dai quali potesse desumersi la possibilità di una sostituzione della busta contenente l'offerta economica dell'aggiudicataria.

4. Per quanto considerato l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 31.3.2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 25 luglio 2006