

Si può considerare pacifico che per ciascuna offerta debba essere prestata una sola cauzione provvisoria, e non tante quanti sono i membri del raggruppamento offerente ma, per la nota regola del sorteggio, la fideiussione deve essere intestata (basta anche nell'oggetto) a tutte le imprese interessate e non solo alla capogruppo

E' in virtù della norma del sorteggio di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i. che nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti. Diversamente opinando, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, per tutte le volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti. Pertanto, il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), deve 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, pena l'esclusione dal procedimento

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 216 del 3 marzo 2007 emessa dal Tar Umbria, Perugia, a conferma dell'obbligo, in caso di Ati, di intestazione a tutte le interessate della cauzione provvisoria:

< Così chiariti i termini della questione, si osserva che se si avesse riguardo solo agli eventi considerati nell'art. 75, comma 6 (mancata sottoscrizione del contratto), nonché nell'art. 113, comma 4 (mancata costituzione della cauzione definitiva) e nell'art. 48, comma 2 (mancata dimostrazione dei requisiti da parte dell'impresa o raggruppamento aggiudicatario) potrebbe apparire ininfluente che la fideiussione sia intestata alla sola capogruppo, piuttosto che cointestata a tutte le imprese partecipanti.

Ed invero, nei riguardi del perfezionamento del contratto (di cui la costituzione della cauzione definitiva, nonché la verifica finale dei requisiti non sono che risvolti) le posizioni dei membri del raggruppamento sono inscindibili, visto che il contratto può essere sottoscritto solo unitariamente.

D'altra parte l'impresa unica intestataria (in ipotesi) della fideiussione, avendo accettato di presentare una offerta in raggruppamento, non potrà dichiararsi incolpevole ed invocare l'esimente del "fatto altrui", ove taluna delle sue consociate, alla fine, si rifiuti di concludere il contratto. In altre parole, la mancata conclusione del contratto è addebitabile collettivamente a tutte le imprese consociate ancorché, eventualmente, sia una sola quella che si sottrae o si rivela incapace.

Ciò si dice anche nell'ipotesi in cui il raggruppamento non sia ancora formalmente costituito, ma ne sia prevista la costituzione (formale) solo in caso di aggiudicazione.

Infatti, le imprese partecipanti, nel momento stesso in cui sottoscrivono congiuntamente l'offerta manifestano l'una all'altra (e reciprocamente accettano) la volontà di agire in forma associata non solo ai fini del futuro (ed eventuale) rapporto contrattuale, ma anche nella fase precontrattuale (gara). Non è difficile ravvisare in ciò, fra l'altro, una reciproca assunzione di corresponsabilità.

Non si può giungere alle stesse conclusioni (o comunque non con pari certezza) con riguardo all'evento previsto nell'art. 48, comma 1.

Qui viene sanzionata una scorrettezza procedurale (dichiarare il possesso di requisiti che, al momento della verifica preventiva "a campione", non si è in grado di verificare) che si manifesta in un momento anteriore alla stessa aggiudicazione.

In tal caso appare meglio sostenibile (ancorché, forse, sia possibile sostenere anche il contrario) che la consociata che abbia superato positivamente la verifica non sia tenuta a rispondere della scorrettezza di altra consociata. E pertanto, con riferimento a questa ipotesi (e ad essa sola), pare necessario che la fideiussione costituente la garanzia provvisoria sia cointestata a tutte le imprese del raggruppamento; altrimenti, non risponderebbe alla sua funzione (o comunque non del tutto).>

Nella particolare fattispecie sottoposta ai giudici umbri inoltre:

< è vero che nel testo della fideiussione si legge:

«La Cassa di risparmio... si costituisce fideiussore nell'interesse della DITTA ALFA Italia s.p.a.... ed a favore di codesta Azienda Ospedaliera... sino alla concorrenza di Euro 5.000... pari alla cauzione provvisoria prevista per la partecipazione alla procedura aperta per la fornitura di cui all'oggetto...».

Ma è anche vero che nella intestazione ("oggetto") del documento si legge:

«Procedura aperta per la fornitura... - Raggruppamento temporaneo d'impresa Lotto 828 DITTA ALFA Italia s.p.a. capofila, DITTA ALFA bis Italia s.p.a. mandante».

Ciò posto, se l'Adunanza plenaria afferma che, ai fini di cui si discute, il fideiussore «deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente» si deve concludere che in questo caso tale prescrizione risulta ottemperata.>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 216 del 3 marzo 2007 emessa dal Tar Umbria, Perugia

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 33/2007, proposto da (1) DITTA ALFA Italia s.p.a., quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporanea di imprese costituito fra la medesima e la DITTA ALFA bis Italia s.p.a.; nonché da (2) DITTA ALFA bis Italia s.p.a.; entrambe in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Attilio Sorrentini e Carlo Alberto Franchi, con domicilio eletto presso il secondo in Perugia, via XX Settembre, 76;

contro

Azienda Ospedaliera di Perugia, in persona del direttore generale pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Lietta Calzoni e Barbara Renga, con domicilio eletto presso la prima in Perugia, via Bonazzi, 9;

per l'annullamento

degli atti della gara bandita il 4 ottobre 2006 per la fornitura di "medicinali ed emoderivati" nella parte in cui dispongono l'esclusione dell'associazione temporanea fra DITTA ALFA Italia s.p.a. e DITTA ALFA bis Italia s.p.a. per irregolarità della fideiussione relativa alla cauzione provvisoria; con tutti gli atti presupposti, connessi, etc.;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera;

Viste le memorie e gli atti tutti del giudizio;

Udita, alla camera di consiglio cautelare del 7 febbraio 2007, la relazione del Presidente Lignani e udite le parti come da verbale;

Ritenuto, con l'adesione delle parti, di poter procedere alla definizione immediata della controversia;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con deliberazione del 4 ottobre 2006 l'Azienda Ospedaliera di Perugia ha indetto una gara "aperta" per l'appalto delle forniture di "medicinali ed emoderivati" a tutte le aziende ospedaliere e sanitarie dell'Umbria. Il valore complessivo della fornitura è indicato in 62 milioni di euro all'anno per la durata di tre anni (più una possibile proroga). Tuttavia la fornitura è divisa in 2184 lotti, ciascuno dei quali viene appaltato distintamente; sicché, in pratica, si svolgono altrettante gare parallele, ciascuna con il criterio del prezzo più basso.

2. Le attuali ricorrenti, DITTA ALFA Italia s.p.a. e DITTA ALFA bis Italia s.p.a., hanno chiesto di partecipare alla gara per il lotto 828 ("Fattore VIII umano liofilizzato 1000 UI, quantità 748 flaconi") proponendosi quale raggruppamento temporaneo "orizzontale", con la DITTA ALFA quale capogruppo mandataria.

Nella seduta del 12 dicembre 2006 (verbale n. 1) la commissione di gara ha rilevato che la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria appariva prestata solo a nome della capogruppo DITTA ALFA Italia s.p.a. e non anche a nome della mandante DITTA ALFA bis Italia s.p.a. . Su questa premessa, ha deciso di ammettere "con riserva" il raggruppamento.

Nella seduta successiva (29 dicembre 2006, verbale n. 2) la commissione ha sciolto la riserva disponendo l'esclusione del raggruppamento DITTA ALFA-Alpha a motivo della (supposta) irregolarità della cauzione. Questa decisione è stata motivata facendo richiamo alla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 8/2005, la quale afferma che in casi del genere la garanzia fideiussoria dev'essere intestata, a pena di esclusione, non solo all'impresa capogruppo ma anche alle mandanti.

Avuta comunicazione di questa decisione, la DITTA ALFA ne ha chiesta la revoca producendo una nota di chiarimenti dell'istituto bancario prestatore della garanzia. Detto istituto chiarisce che la propria polizza fideiussoria va interpretata nel senso che la garanzia è prestata per l'intero raggruppamento capeggiato dalla DITTA ALFA e, dunque, anche per la DITTA ALFA bis.

3. E' quindi intervenuta la proposizione del presente ricorso, ad iniziativa delle due imprese raggruppate.

Resiste al ricorso l'Azienda ospedaliera di Perugia.

In sede di trattazione della domanda cautelare le parti hanno dichiarato di aderire alla definizione immediata della controversia, ed il Collegio ritiene di poter procedere in tal senso.

4. Conviene riepilogare brevemente (e prescindendo dai dettagli che non rilevano in questa controversia) il quadro normativo, attualmente costituito dall'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 (codice degli appalti pubblici), nonché, per quanto di ragione, dall'art. 48, comma 1, e dall'art. 113, comma 4.

L'art. 75 prevede l'obbligo dei concorrenti di costituire una "cauzione provvisoria" a garanzia della serietà della partecipazione alla gara: perde la cauzione il concorrente che, risultato aggiudicatario, non si presenti a stipulare il contratto (art. 75, comma 6) oppure ometta di costituire la garanzia fideiussoria relativa all'esecuzione del contratto (art. 113, comma 4), o, infine, non fornisca la prova documentale dei requisiti dichiarati (art. 48, comma 2).

Vi è poi una ulteriore ipotesi di incameramento della cauzione: quella prevista dall'art. 48, comma 1, a carico dei concorrenti i quali, estratti a sorte prima dell'apertura delle offerte per la verifica "a campione" circa il possesso dei requisiti dichiarati, non risultino in grado di superare la verifica.

5. Ci si chiede, ora, come si applichi questa disciplina nell'ipotesi in cui - come nella fattispecie - partecipi alla gara un raggruppamento temporaneo d'impresa.

Si può considerare pacifico che per ciascuna offerta debba essere prestata una sola cauzione provvisoria, e non tante quanti sono i membri del raggruppamento offerente.

Il problema che si pone nella presente controversia è, invece, il seguente: se, ferma restando l'unicità della cauzione, essa debba necessariamente essere cointestata a tutti i membri del raggruppamento, oppure possa essere intestata solo all'impresa capogruppo.

Così chiariti i termini della questione, si osserva che se si avesse riguardo solo agli eventi considerati nell'art. 75, comma 6 (mancata sottoscrizione del contratto), nonché nell'art. 113, comma 4 (mancata costituzione della cauzione definitiva) e nell'art. 48, comma 2 (mancata dimostrazione dei requisiti da parte dell'impresa o raggruppamento aggiudicatario) potrebbe apparire ininfluenza che la fideiussione sia intestata alla sola capogruppo, piuttosto che cointestata a tutte le imprese partecipanti.

Ed invero, nei riguardi del perfezionamento del contratto (di cui la costituzione della cauzione definitiva, nonché la verifica finale dei requisiti non sono che risvolti) le posizioni dei membri del raggruppamento sono inscindibili, visto che il contratto può essere sottoscritto solo unitariamente. D'altra parte l'impresa unica intestataria (in ipotesi) della fideiussione, avendo accettato di presentare una offerta in raggruppamento, non potrà dichiararsi incolpevole ed invocare l'esimente del "fatto altrui", ove taluna delle sue consociate, alla fine, si rifiuti di concludere il contratto. In altre parole, la mancata conclusione del contratto è addebitabile collettivamente a tutte le imprese consociate ancorché, eventualmente, sia una sola quella che si sottrae o si rivela incapace. Ciò si dice anche nell'ipotesi in cui il raggruppamento non sia ancora formalmente costituito, ma ne sia prevista la costituzione (formale) solo in caso di aggiudicazione. Infatti, le imprese partecipanti, nel momento stesso in cui sottoscrivono congiuntamente l'offerta manifestano l'una all'altra (e reciprocamente accettano) la volontà di agire in forma associata non solo ai fini del futuro (ed eventuale) rapporto contrattuale, ma anche nella fase precontrattuale (gara). Non è difficile ravvisare in ciò, fra l'altro, una reciproca assunzione di corresponsabilità.

Non si può giungere alle stesse conclusioni (o comunque non con pari certezza) con riguardo all'evento previsto nell'art. 48, comma 1. Qui viene sanzionata una scorrettezza procedurale (dichiarare il possesso di requisiti che, al momento della verifica preventiva "a campione", non si è in grado di verificare) che si manifesta in un momento anteriore alla stessa aggiudicazione. In tal caso appare meglio sostenibile (ancorché, forse, sia possibile sostenere anche il contrario) che la consociata che abbia superato positivamente la verifica non sia tenuta a rispondere della scorrettezza di altra consociata. E pertanto, con riferimento a questa ipotesi (e ad essa sola), pare necessario che la fideiussione costituente la garanzia provvisoria sia cointestata a tutte le imprese del raggruppamento; altrimenti, non risponderebbe alla sua funzione (o comunque non del tutto).

6. Si spiega dunque come l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 8/2005, abbia affermato la seguente massima:

«Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti. Diversamente opinando, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, per tutte le volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti. Pertanto, il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), deve 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, pena l'esclusione dal procedimento».

7. Sin qui, appare dunque corretta l'interpretazione che l'Azienda Ospedaliera ha dato del quadro normativo.

Resta invece da discutere se in punto di fatto la garanzia presentata dal raggruppamento DITTA ALFA-Alpha risponda o meno ai requisiti indicati dalla giurisprudenza richiamata.

A questo fine occorre esaminare l'atto di fideiussione emesso dalla Cassa di risparmio di Lucca, Pisa e Livorno (doc. 5 nella produzione dell'Azienda Ospedaliera).

Ora, è vero che nel testo della fideiussione si legge:

«La Cassa di risparmio... si costituisce fideiussore nell'interesse della DITTA ALFA Italia s.p.a.... ed a favore di codesta Azienda Ospedaliera... sino alla concorrenza di Euro 5.000... pari alla cauzione provvisoria prevista per la partecipazione alla procedura aperta per la fornitura di cui all'oggetto...».

Ma è anche vero che nella intestazione ("oggetto") del documento si legge:

«Procedura aperta per la fornitura... - Raggruppamento temporaneo d'impresa Lotto 828 DITTA ALFA Italia s.p.a. capofila, DITTA ALFA bis Italia s.p.a. mandante».

Ciò posto, se l'Adunanza plenaria afferma che, ai fini di cui si discute, il fideiussore «deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente» si deve concludere che in questo caso tale prescrizione risulta ottemperata.

8. Si può ammettere, semmai, che il documento presenti una relativa ambiguità: non tale, però, che non possa essere superata grazie ai consueti canoni ermeneutici, fra i quali quello per cui è preferibile l'interpretazione che favorisce una più larga partecipazione alle gare.

E' superfluo, invece, il secondo atto rimesso dalla Cassa di risparmio, nel quale si conferma che la garanzia s'intende prestata per entrambe le imprese. Tale documento, invero, è stato rimesso non solo dopo la presentazione delle offerte, ma, altresì, dopo che la commissione aveva definitivamente (a scioglimento della riserva) pronunciato l'esclusione del raggruppamento DITTA ALFA. Di esso, pertanto, non si poteva tener conto nell'ambito della gara. Perciò, dato e non concesso che fosse ammissibile una integrazione documentale, nella specie questa sarebbe stata fatta tardivamente.

Ma, come già detto, alla soluzione della controversia si giunge anche prescindendo da questo secondo documento.

9. In conclusione, il ricorso va accolto. Si ravvisano tuttavia giusti motivi per compensare le spese, in considerazione della già rilevata ambiguità del documento.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria accoglie il ricorso. Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia il 7 febbraio 2007, dal Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria, riunito in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

- 1) Avv. Pier Giorgio Lignani, Presidente, relatore
- 2) Avv. Annibale Ferrari
- 3) Dr. Carlo Luigi Cardoni

IL PRESIDENTE, est.

F.to Pier Giorgio Lignani

IL SEGRETARIO

F.to Rossella Cardoni