

La polizza fideiussoria, tramite la quale viene prestata la cauzione provvisoria da parte di una costituenda associazione temporanea di imprese, deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capo gruppo mandataria; pertanto il fideiussore è tenuta a richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate, e deve dichiarare altresì di garantire con la cauzione provvisoria non solo la sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

La recente giurisprudenza ha affermato il principio che nel caso di partecipazione ad una gara di una costituenda associazione temporanea di imprese, ciascuna delle imprese firmatarie dell'offerta congiunta, mantenendo la propria autonomia, resta pienamente ed autonomamente legittimata ad impugnare singulatim gli atti di gara, fermo restando che l'eventuale accoglimento del ricorso proposto da una sola impresa gioverà anche alle altre., atteso che la mancata impugnativa degli atti di gara da parte delle altre imprese partecipanti all'ati costituenda non comporta ex se lo scioglimento automatico del sottostante rapporto giuridico di mandato

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 2394 del 21 marzo 2007, in tema di ammissibilità dell'appello proposto anche da una singola partecipante all' Ati, ci insegna che:

<una simile conclusione a maggior ragione vale per il caso in esame di proposizione del ricorso incidentale da parte solamente dell'impresa mandataria del raggruppamento aggiudicatario, in quanto è incontestabile la sussistenza tra quest'ultima e le altre componenti dell'ati di un rapporto giuridico di mandato, formalizzatosi dopo l'aggiudicazione>

in tema di persona obbligata a rilasciare le dichiarazioni di cui all'articolo 75 del dpr 554/99 merita segnalare che:

<le dichiarazioni di cui al richiamato art.75 non dovevano essere tutte prestate sia dal titolare dell'impresa che dal responsabile tecnico, stante che quest'ultimo era tenuto a rendere unicamente le dichiarazioni aventi ad oggetto dati riferibili alla sua persona, vale a dire quelli indicati nei punti b) e c) della menzionata disposizione>

in tema di discrezionalità della pa a richiedere ulteriori adempimenti oltre a quelli richiesti dalla Legge, l'adito giudice romano, afferma che:

<la p.a nella predisposizione del bando esercita un potere attinente al merito amministrativo laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale, solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara>

relativamente alla (presunta) responsabilità della pa, proponiamo il seguente passaggio:

<Da rigettare è, invece, la richiesta di condanna della resistente amministrazione comunale al risarcimento del danno per equivalente, atteso che nella fattispecie in esame non è dato individuare la sussistenza dell'elemento soggettivo costituito dalla colpa dell'amministrazione.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza consolidata (, nessun comportamento negligente può essere ascritto all'amministrazione in sede di adozione di un atto illegittimo allorché la stessa è incorsa in un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di

rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Ora è indiscutibile che all'epoca dei fatti di cui in controversia (secondo semestre 2003) la problematica concernente l'intestazione della polizza fideiussoria in caso di costituendo raggruppamento di imprese non poteva in alcun modo ritenersi pacifica, tant'è che è dovuta intervenire due anni dopo l'Adunanza Plenaria al fine di dirimere i contrasti giurisprudenziali, per cui la mancata esclusione dell'ati aggiudicataria non può in alcun modo essere imputata a un comportamento negligente del comune.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO
-SEZIONE II -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.3093 del 2004 proposto dalla spa ** COSTRUZIONI, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'av. Paolo Borioni presso il cui studio in Roma, Via Bruno Buozzi n.53, è elettivamente domiciliata;

CONTRO

il Comune di Roma, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Rossi ed elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura comunale in Via del Tempio di Giove n.21;

e nei confronti di:

Impresa Arch. Giuseppe **, in proprio e quale mandataria della costituenda Associazione temporanea di Impresa con la ** Impianti srl, ** & C. srl e l'Ing. Franco **, rappresentata e difesa dal prof. Avv. Angelo Clarizia presso il cui studio in Roma, Via Principessa Clotilde n.2, è elettivamente domiciliata;

per ottenere:

1) l'annullamento del verbale di gara del 16 febbraio 2004 n.6582 e dei provvedimenti di aggiudicazione del pubblico incanto indetto dal resistente comune per l'affidamento della progettazione esecutiva dei lavori di manutenzione straordinaria, restauro e riorganizzazione della scuola serale di Arti ornamentali.

2) la condanna del comune di Roma al risarcimento del danno.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'intimato comune e della controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 7 marzo 2007 - relatore il dottor Giuseppe Sapone - l'avv. Bertuzzi delegato dall'avv. Borioni per la ricorrente, l'avv. Magnanelli, delegato dall'avv. Rossi, per l'intimata amministrazione e l'avv. Berrettini delegato dall'avv. Clarizia per la resistente;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara pubblicato dal 21 luglio al 12 settembre 2003 l'intimata amministrazione comunale ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e lavori di manutenzione straordinaria, restauro e riorganizzazione della scuola serale di Arti Ornamentali, sita in Via San Giacomo 8.

In un primo tempo l'appalto de quo è stato aggiudicato all'attuale ricorrente, ma a seguito dell'impugnazione da parte dell'odierna controinteressata dell'esclusione della propria offerta e dell'accoglimento da parte di questa Sezione con ordinanza n.5507 del 5/11/2003, confermata in appello, della relativa istanza cautelare, la resistente amministrazione ha provveduto a riammettere alla gara l'offerta dell'intimato costituendo raggruppamento e ad aggiudicargli con la gravata determinazione il ripetuto appalto.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione del bando e del disciplinare di gara – Eccesso di potere- Violazione degli artt. 10 lett.G), 13, comma 5, e 19, comma 1, lett. B) e comma 1 ter, della L. n.109/1994;
- 2) Violazione della prescrizione di cui a pag. 6 del bando di gara – Eccesso di potere;
- 3) Violazione del bando e del disciplinare di gara – Eccesso di potere – Violazione degli artt.30 della L. n.109/1994 e 108 del DPR n.554/1999;
- 4) Violazione del bando e del disciplinare di gara – Eccesso di potere.

Si è costituito il comune di Roma contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle dedotte doglianze e concludendo per il rigetto del proposto gravame.

Si è pure costituita l'impresa Arch. Giuseppe **, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento aggiudicatario, la quale ha confutato le tesi ricorsuali e ha proposto due ricorsi incidentali con i quali ha impugnato sia l'ammissione alla gara dell'ATI costituenda, odierna istante, sia il bando di gara se interpretato secondo la prospettazione ricorsuale.

Alla pubblica udienza dell'8 novembre 2006 il gravame in trattazione è stato assunto in decisione e la Sezione con sentenza n.12329 del 13 novembre 2006 ha ordinato alla società ricorrente di procedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti di tutte le imprese componenti il raggruppamento aggiudicatario.

Alla pubblica udienza del 7 marzo 2007 il ricorso è stato assunto nuovamente in decisione.

DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente ha:

impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, con cui la resistente amministrazione comunale ha aggiudicato l'appalto, pure in epigrafe descritto, all'intimato costituendo raggruppamento; chiesto la condanna del comune di Roma al risarcimento del danno.

In ordine logico deve essere previamente esaminato il ricorso incidentale proposto dal raggruppamento controinteressato, nella parte in cui è stata impugnata l'ammissione alla gara della quale dell'ati ricorrente, il cui eventuale accoglimento comporterebbe l'esclusione della stessa e l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale, in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia (ex plurimis CS, Sez.V, n.1695 del 25/3/2002; Tar Veneto, m.3744 dell'8/11/2006; Tar Sardegna, n.2498 del 29/11/2006) secondo cui nel caso in cui viene proposto un ricorso incidentale tendente a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, il giudice è tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, e tali sono le questioni che si riverberano sull'interesse a ricorrere del ricorrente principale.

Preliminarmente, tuttavia, prima vagliare la fondatezza delle doglianze dedotte in via incidentale, il Collegio è chiamato ad esaminare le due eccezioni con cui l'odierna istante prospetta l'inammissibilità del gravame incidentale atteso che:

il relativo mandato è stato conferito solo dalla mandataria del raggruppamento controinteressato (Impresa Architetto **), per cui, in sostanza il ricorso incidentale risulterebbe essere proposto soltanto da quest'ultima;

a seguito dell'integrale esecuzione dei lavori di cui all'appalto oggetto della presente controversia l'impresa ricorrente incidentale avrebbe perso interesse alla proposizione dello stesso.

In ordine alla prima delle eccezioni de quibus il Collegio osserva che:

I) la recente giurisprudenza ha affermato il principio che nel caso di partecipazione ad una gara di una costituenda associazione temporanea di imprese, ciascuna delle imprese firmatarie dell'offerta congiunta, mantenendo la propria autonomia, resta pienamente ed autonomamente legittimata ad impugnare singulatim gli atti di gara, fermo restando che l'eventuale accoglimento del ricorso proposto da una sola impresa gioverà anche alle altre. (ex plurimis Tar Puglia, sez I, n.41 del 10/1/2006; Tar Umbria, n.303 del 1° giugno 2005), atteso che la mancata impugnativa degli atti di gara da parte delle altre imprese partecipanti all'ati costituenda non comporta ex se lo scioglimento automatico del sottostante rapporto giuridico di mandato;

II) una simile conclusione a maggior ragione vale per il caso in esame di proposizione del ricorso incidentale da parte solamente dell'impresa mandataria del raggruppamento aggiudicatario, in quanto è incontestabile la sussistenza tra quest'ultima e le altre componenti dell'ati di un rapporto giuridico di mandato, formalizzatosi dopo l'aggiudicazione.

Relativamente all'altra eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale per carenza di interesse conseguente all'avvenuta integrale esecuzione dei lavori, deve essere sottolineato che tale ultima circostanza non sembra di per sé produrre l'effetto prospettato, in quanto è innegabile che la controinteressata conservi un proprio interesse, anche di carattere morale, a restare formalmente

aggiudicataria della gara in questione ai fini di un arricchimento del proprio curriculum professionale.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, entrambe le sollevate eccezioni non sono suscettibili di favorevole esame.

Passando all'esame del merito delle doglianze dedotte in via incidentale, l'ati controinteressata ha fatto presente che l'offerta del raggruppamento ricorrente doveva essere esclusa in quanto il direttore tecnico della ** Costruzioni non aveva attestato l'assenza di tutte le cause di esclusione previste dall'art.75 del DPR 554/1999, così come richiesto a pena di esclusione sia dal bando che dal disciplinare di gara.

Al riguardo, come correttamente rilevato da parte ricorrente, le dichiarazioni di cui al richiamato art.75 non dovevano essere tutte prestate sia dal titolare dell'impresa che dal responsabile tecnico, stante che quest'ultimo era tenuto a rendere unicamente le dichiarazioni aventi ad oggetto dati riferibili alla sua persona, vale a dire quelli indicati nei punti b) e c) della menzionata disposizione.

Ugualmente infondata è la seconda doglianza incidentale con cui è stato sostenuto che l'offerta di parte ricorrente doveva essere esclusa in quanto la spa mandataria, alla luce di quanto dalla stessa dichiarato, alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (11/9/2003) non possedeva il requisito relativo alla regolarità dei versamenti contributivi e previdenziali, richiesto a pena di esclusione dal bando di gara.

In merito deve essere evidenziato che il concetto di regolarità previdenziale e contributiva deve far riferimento unicamente al corretto pagamento delle rate dei versamenti in parola già scadute ed esigibili alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte; per cui, non avendo la controinteressata dimostrato tale specifico elemento, la censura de qua deve essere rigettata.

Passando all'esame delle doglianze dedotte in via principale, con il primo motivo parte ricorrente, premesso che l'ati aggiudicataria per quanto concerne la parte dell'appalto in questione attinente la progettazione era composta da un rti non ancora costituito, afferma che doveva essere esclusa dalla gara de qua in quanto la sua offerta non era stata firmata da tutti i componenti del costituendo rti concernente la progettazione, così come richiesto a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

La prospettazione ricorsuale è stata confutata dall'ati controinteressata, la quale ha fatto presente che relativamente all'attività di progettazione non ha voluto associare un costituendo rti tra professionisti, ma si è limitata soltanto ad avvalersi della loro attività, così come previsto dall'art.19, comma 1, lett.b) e comma 1 ter della L. n.109/1994, per cui conseguentemente, non era necessario che l'offerta presentata fosse firmata anche da questi ultimi.

In proposito deve essere evidenziato che:

- a) uno dei progettisti (ing. Franco **) figurava tra i sottoscrittori dell'atto di costituzione dell'ATI;
- b) non è dato individuare la formazione per l'attività di progettazione di un apposito rti intervenuto tra l'ingegnere ** (in qualità di capogruppo) e l'arch.Giampiero **, il P.I. ** Sergio, l'ing. ** Marco e l'ing. ** Michelangelo atteso che:
 - bI) nessun formale impegno è stato assunto in tal senso dai citati soggetti, non valendo a tal fine il generico mandato collettivo conferito all'ingegnere ** con la dichiarazione resa il 5 settembre 2003;

bII) il suddetto mandato collettivo non è stato conferito ai fini della costituzione del rti con scrittura privata autenticata così come espressamente richiesto dall'art.95, comma 5, del DPR 554/1999;

bIII) in tale contesto, poi, è palese la contraddizione in cui cade parte ricorrente che da una parte pretende di dedurre dalla citata dichiarazione del 3 settembre 2003 l'impegno alla costituzione del rti e dall'altra contesta la tesi dell'amministrazione comunale in ordine alla sufficienza del mandato affidato all'ingegnere ** ai fini della firma dell'offerta anche per gli altri progettisti sul presupposto che tale mandato non fosse stato conferito con scrittura privata autenticata;

bIV) a seguire la tesi ricorsuale risulta, infine, essere palesemente anomala la posizione dell'ingegnere ** che parteciperebbe alla gara come mandante dell'Ati ** e come mandatario del rti intervenuto tra i progettisti.

Alla luce di tali argomentazioni, pertanto, la doglianza in questione deve essere rigettata.

Tuttavia l'odierna ati istante afferma che anche a considerare i progettisti come indicati e non come associati, nondimeno l'offerta dell'ati controinteressata risultava essere sempre in palese contrasto con le disposizioni del bando di gara il quale prescriveva che "qualora l'impresa individui o associ un professionista, il predetto elaborato dovrà essere firmato a pena di esclusione anche dal progettista".

La prospettazione ricorsuale è stata confutata dalla controinteressata la quale nel far presente che l'interpretazione corretta del bando doveva esigere la firma dell'offerta solamente per i progettisti formalmente associati, ha tuttavia proceduto ad impugnarlo con il primo di gravami incidentali nell'eventualità che la suddetta disposizione della lex specialis fosse interpretata nel senso di richiedere la firma dell'offerta anche per i progettisti indicati, prospettandone in sostanza l'illogicità sul presupposto che in tale ultimo caso il progettista ha rapporti soltanto con l'appaltatore, il quale, giusta l'art.19 comma 1 ter della L. n.109/1994, è l'unico che è chiamato a rispondere dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenza del progetto esecutivo.

Ciò precisato, il Collegio osserva che:

I) la disposizione del bando è univoca nel richiedere che il progetto debba essere firmato anche dal progettista non facendo alcuna distinzione tra progettista associato e progettista indicato;

II) l'art.13. comma 5, della L. n.109/1994 prevede che in caso di raggruppamenti non ancora costituiti l'offerta debba essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti;

III) secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale la p.a nella predisposizione del bando esercita un potere attinente al merito amministrativo laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale, solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (ex plurimis CS, sez.V, n.7139 del 15/12/2005);

IV) nella fattispecie in esame, stante che nei confronti della stazione appaltante risponde solo l'appaltatore e non i progettisti dallo stesso indicati, è evidente che la clausola del bando in questione risulta essere priva di alcuna utilità e quindi non logicamente giustificabile, venendo a rappresentare un inutile aggravio del procedimento.

Sulla base di tali conclusioni, pertanto, il gravame incidentale per l'aspetto in questione deve essere accolto, con annullamento della clausola del bando nella parte in cui imponeva che l'offerta dovesse essere firmata anche dai progettisti indicati e con conseguente rigetto della doglianza dedotta in via principale testè esaminata.

Infondati devono essere dichiarati anche gli altri due motivi di doglianza, in quanto dedotti sul presupposto, rivelatosi erroneo alla luce di quanto sopra precisato, della presenza di un costituendo rti per l'attività di progettazione, con cui è stato fatto presente che:

1) il citato rti di progettazione non ha reso la specifica dichiarazione di impegno che in caso di aggiudicazione della gara i progettisti mandanti dell'ati di progettazione non ancora costituita avrebbero conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza all'ingegner **;

.2) la domanda di partecipazione alla gara, in aperta violazione del bando di gara, non è stata sottoscritta anche dagli altri progettisti costituenti il rti per l'attività di progettazione con l'ingegnere **.

Da accogliere è invece la doglianza dedotta e sviluppata nelle censure rubricate ai nn.3 e 4 con cui è stato affermato che l'offerta dell'ati aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto la garanzia fidejussoria era stata sottoscritta solo dalla mandataria e non anche dalle altre imprese associate.

In merito il Collegio intende conformarsi a quanto statuito in materia dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n.8 del 4 ottobre 2005, cui si è uniformato il successivo orientamento giurisprudenziale (CS, sez. V, n.4655 del 25/7/2006; Tar Sicilia, Catania, sez.IV, n.1618 del 5/10/2006) secondo cui la polizza fideiussoria, tramite la quale viene prestata la cauzione provvisoria da parte di una costituenda associazione temporanea di imprese, deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capo gruppo mandataria; pertanto il fideiussore è tenuto a richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate, e deve dichiarare altresì di garantire con la cauzione provvisoria non solo la sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Alla luce di tali precisazioni, quindi, per quanto riguarda la proposta impugnazione il gravame in trattazione deve essere accolto.

Da rigettare è, invece, la richiesta di condanna della resistente amministrazione comunale al risarcimento del danno per equivalente, atteso che nella fattispecie in esame non è dato individuare la sussistenza dell'elemento soggettivo costituito dalla colpa dell'amministrazione.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza consolidata (ex plurimis CS, sez.VI, n.6607 del 9/11/2006), nessun comportamento negligente può essere ascritto all'amministrazione in sede di adozione di un atto illegittimo allorché la stessa è incorsa in un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Ora è indiscutibile che all'epoca dei fatti di cui in controversia (secondo semestre 2003) la problematica concernente l'intestazione della polizza fideiussoria in caso di costituendo

raggruppamento di imprese non poteva in alcun modo ritenersi pacifica, tant'è che è dovuta intervenire due anni dopo l'Adunanza Plenaria al fine di dirimere i contrasti giurisprudenziali, per cui la mancata esclusione dell'ati aggiudicataria non può in alcun modo essere imputata a un comportamento negligente del comune.

In conclusione, il proposto gravame deve essere accolto relativamente alla proposta azione impugnatoria, mentre deve essere rigettato per quanto concerne la richiesta di risarcimento del danno.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 3093/2004, come in epigrafe proposto, lo accoglie limitatamente alla proposta azione impugnatoria e lo rigetta per quanto concerne l'azione risarcitoria.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in ROMA nella Camera di Consiglio del 7 marzo 2007 dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sezione seconda, con l'intervento dei signori giudici:

Dr. Domenico	LA MEDICA	- Presidente
Dr. Silvestro	RUSSO	- Consigliere
Dr. Giuseppe	SAPONE	- Consigliere, estensore

RIC. N.3093/2004