

Problematiche relative alle polizze provvisorie prestate in favore delle Ati e possesso della certificazione di qualità

La questione è se la garanzia alla quale sono tenute le imprese che partecipano a gare per l'affidamento di lavori pubblici, prevista dall'art. 30, comma 1 della L. 109/1994 s.m.i., nel caso in cui partecipi alla gara una costituenda associazione temporanea di tipo verticale debba essere presentata dalla capogruppo o da tutte le partecipanti.

Di Sonia Lazzini

La fattispecie trattata nella sentenza del TAR della Calabria, Catanzaro sezione prima, n. 845 del 23 aprile 2002 è relativa ad un ricorso avverso l'aggiudicazione di un appalto di lavori in quanto la vincitrice, avendo partecipato alla gara come futura ATI da costituirsi, ed avendo presentato la polizza fideiussoria provvisoria a proprio nome e non a nome delle due ditte costituenti l'ATI, non avrebbe dovuto essere ammessa al procedimento pubblico.

Nel giudizio di primo grado, le lagnanze della ricorrente si basano sul presupposto che “la costituenda ATI, per come richiesto, sarebbe stata un'associazione temporanea di imprese di tipo verticale, avendo il bando imposto la qualifica in una categoria prevalente ed in una categoria scorporabile, ne doveva derivare un regime differenziato delle responsabilità in capo all'impresa capogruppo ed a quella mandante, sicchè non poteva essere ritenuta valida la polizza presentata dalla sola capogruppo”

L'adito Tar ha ritenuto infondato il ricorso basandosi su di un'attenta comparazione di alcuni articoli della Legge Merloni:

- la normativa vigente la possibilità che alle gare per l'affidamento di lavori pubblici partecipino anche associazioni temporanee di imprese non ancora costituite. (art. 13, comma 5 L. n. 109/1994)
- l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso, di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti.(art. 13, comma 5, cpv. 1°)
- Il regolamento di attuazione della Legge sui lavori pubblici in tema di rapporti tra le imprese singole e la riunione ha stabilito che al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino alla estinzione di ogni rapporto. (art. 95, comma 6 del D.P.R. 21.12.1999, n. 554)
- l'art. 30 della Legge prevede che l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, senza specificare a quale soggetto in particolare, nel caso di riunione di imprese, compete di presentare la garanzia provvisoria, se ai singoli soggetti facenti parte dell'ATI oppure alla sola capogruppo che ne abbia la rappresentanza

Dopo tale analisi oggettiva, la conclusione per il giudice calabro è la seguente: “anche nell'ATI di tipo verticale l'offerta è unica anche se è sottoscritta da tutte le mandanti, rilevando l'individuazione delle singole imprese che partecipano per le opere scorporabili soltanto ai fini dei rapporti interni tra esse e la capogruppo, va da sé che la garanzia di cui all'art. 30 deve essere presentata da chi presenta, altresì, l'offerta in quanto capogruppo dell'ATI alla quale spetta la rappresentanza esclusiva delle imprese mandanti”

Anche nel giudizio di appello, il Supremo giudice amministrativo (Consiglio di Stato sez.V 17/3/2003 n. 1384), resta del parere del primo giudice, affermando quanto segue:

“(…)

Occorre ricordare come la cauzione del 2%, di cui all'art. 30, comma 1, della legge n. 109 del 1994, "copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario", cioè garantisce la stazione appaltante dai rischi derivanti da un comportamento che, nel caso di associazione già costituita, incombe unicamente sull'impresa mandataria, giacchè questa ha "la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto" (art. 93 DPR 554 del 1999). In tal senso, d'altronde, si muove l'interpretazione giurisprudenziale sia del giudice amministrativo, che ha avvertito come "nel caso di partecipazione in forma associata ai pubblici appalti, le dichiarazioni negoziali - offerte, promesse, accettazioni, impegni e simili - devono essere rese dalla sola impresa mandataria" (Consiglio Stato sez. V, 5 febbraio 1993, n. 240), che di quello ordinario, secondo il quale "la capogruppo mandataria è l'unico interlocutore dell'ente appaltante ed alle imprese mandanti è vietato intromettersi nei loro rapporti" (Corte appello Torino, 8 febbraio 2000).

In tal caso, quindi, è unicamente la condotta omissiva della capogruppo che può attivare la polizza fideiussoria da lei presentata per l'intero ammontare della garanzia. Per cui, la fideiussione rilasciata a favore dell'impresa mandataria, appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante, che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte della capogruppo, incamerare per intero la cauzione.

Tale ragionamento convince anche al caso di imprese che, nell'eventualità dell'aggiudicazione, si siano già impegnate a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse.

Infatti, quanto al dato normativo, la legge si limita a richiedere, in tal caso, che " l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti" (articolo 13, comma 5, della legge n. 109 del 1994).

E' quindi acclarato che, anche in questa ipotesi, il compito di sottoscrivere il contratto ricade unicamente sulla impresa capogruppo.

Per cui appare del tutto logico che sia quest'ultima a dover prestare la cauzione a garanzia di un obbligo che le deriva "ex lege" per il solo fatto di essere stata indicata nell'offerta quale capogruppo."

In tema di appalti di servizi, ritroviamo lo stesso parere, nella decisione numero 356 del 25 gennaio 2003 sempre del Consiglio di Stato che, ribaltando la decisione di primo grado, considera legittima e sufficiente la provvisoria intestata all'associazione temporanea di imprese

Nel corso del procedimento di primo grado, il giudice milanese adito aveva ritenuto legittima l'esclusione dell'appellante sul rilievo che le polizze fideiussorie presentate dalla Società capogruppo non potevano considerarsi idonee a garantire la stazione appaltante anche per la eventualità di inadempimenti imputabili alle altre imprese, estranee al vincolo di garanzia

Per il supremo giudice amministrativo, invece, l'obbligo di garantire nei confronti dell'amministrazione l'intero raggruppamento di imprese non ancora costituito, si evince dal fatto che la polizza sia intestata direttamente all'associazione temporanea di imprese e che pertanto la fideiussione sia diretta a garantire l'adempimento degli obblighi connessi alla partecipazione alla suddetta gara (da parte di tutte le imprese della costituenda associazione e non della sola capogruppo).

Ma se anche così non fosse – sottolineano i giudici di Palazzo Spada - a norma dell'art. 11 del D.Lgs. n. 157 del 1995 ("l'offerta congiunta comporta la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione di tutte le imprese raggruppate"), la società contraente, in caso di mancata costituzione dell'A.T.I., sarebbe risultata comunque responsabile dell'inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto.

In ogni caso quindi, si legge a conclusione dell'emarginata decisione " l'amministrazione, pertanto, sarebbe stata autorizzata ad escutere la cauzione senza che la capogruppo o la società assicuratrice potessero opporre alcuna eccezione"

Anche per il Tar per il Lazio, sez. 3°-ter di Roma, sentenza numero 13293 del 20 dicembre 2002, basta la produzione di un'unica garanzia fideiussoria, riferibile a tutte le imprese della costituenda ATI. in quanto vale più il contenuto della garanzia che non la sottoscrizione di tutte le imprese coinvolte nell'ATI

E' sufficiente la prestazione di una cauzione provvisoria, a garanzia della serietà della partecipazione alla gara, riferibile a tutte le imprese partecipanti, se riportabile alla costituenda associazione con particolare e preciso riferimento agli estremi della gara oggetto del bando

Poiché nella lex specialis di gara non era espressamente imposto la sottoscrizione congiunta della polizza da parte di tutti i componenti della costituenda ATI, l'adito giudice romano sottolinea che "l'unica condizione, riconnessa alla costituzione di una garanzia in favore della stazione appaltante, è la prestazione di una cauzione riferibile a tutte le imprese partecipanti a detta ATI"

Poiché nella fattispecie emarginata "...la polizza fidejussoria, a garanzia della serietà della partecipazione alla gara, è stata in effetti rilasciata appunto a favore della costituenda ATI, di cui *** s.p.a. è impresa mandataria, con la precisa indicazione tanto di questa vicenda, quanto della gara cui l'ATI intende partecipare" il giudice amministrativo ritiene che "tutti questi elementi siano di per sé sufficienti ad indicare, con ragionevole certezza, non solo la serietà dell'impegno, ma soprattutto la comunione dell'impegno stesso tra tutte le imprese che avrebbero voluto costituire l'ATI al precipuo fine di partecipare e proporre offerte alla sola gara d'appalto in questione.

Il principio quindi da ricavare dall'emarginata sentenza è quello che "per valutare la validità della cauzione prestata da un costituenda ATI - e, quindi, l'esattezza dell'adempimento dell'obbligo di prestare cauzione - occorre aver riguardo non già al formalismo della pedissequa sottoscrizione da parte di tutte le imprese coinvolte, quanto, piuttosto, al contenuto della garanzia, nel senso dalla relativa polizza assicurativa risulti univocamente che la garanzia stessa è prestata a favore della costituenda ATI o, comunque, di tutte le imprese destinate a confluire nella stessa, con copertura, per tutte queste ultime, del rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario" e quindi "all'uopo bastando la produzione di un'unica garanzia fideiussoria, riferibile a tutte le imprese della costituenda ATI."

Ugualmente importante risulta la sentenza numero 2332 del 2001 espressa dal Tar per la Sicilia, sezione di Palermo, che nell'occuparsi di un ricorso avverso l'inidoneità della cauzione provvisoria prestata a mezzo di polizza assicurativa in quanto intestata ad una sola impresa partecipante, senza alcun riferimento né all'altra impresa della costituenda associazione temporanea né alla predetta (costituenda) associazione, conferma l'esclusione operata dalla amministrazione, sulla base dei seguenti assunti:

☐ dalla stessa polizza deve risultare univocamente che la relativa garanzia è prestata a favore della costituenda A.T.I. (o, comunque, di tutte le imprese destinate a confluire nella stessa), sì da coprire per tutte le imprese associande, senza incertezze e possibili eccezioni sul punto, il rischio di "mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario" di cui all'art. 30, comma 1, della legge 109/1994;

- ☐ nella specie, la polizza assicurativa per cui è causa, alla voce "ditta obbligata" reca l'indicazione solo di un'impresa, senza alcun riferimento all'altra impresa e senza nemmeno l'indicazione della stessa quale capogruppo e mandataria della costituenda associazione. E lo stesso è a dirsi anche per il foglio allegato, contenente le "Condizioni particolari", nel quale pure manca qualsiasi riferimento alla costituenda A.T.I. tra la predetta impresa e l'altra (o, comunque, a quest'ultima quale futura mandante, anch'essa garantita);
- ☐ una simile polizza appare inidonea a garantire l'adempimento da parte di entrambe le imprese degli obblighi scaturenti dalla partecipazione alla gara, giusta l'art. 30, comma 1, L. 109/1994, nei termini di certezza per la stazione appaltante voluti da tale norma (la cui ratio sembra doversi individuare nell'esigenza che la cauzione provvisoria mediante fideiussione bancaria o assicurativa, in quanto alternativa rispetto alla cauzione in numerario o in titoli di Stato - che costituisce la regola, in linea di principio -, debba caratterizzarsi per il massimo possibile di certezza e di facilità di incameramento da parte della stazione appaltante.

In conclusione, possiamo affermare che la fideiussione rilasciata a favore dell'impresa mandataria, appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante, senza che venga a determinarsi una distinzione fra ATI verticali ed orizzontali.

Attenzione però perché lo stesso principio non vale in tema di riduzione del 50% delle cauzioni e garanzie fidejussorie previste dall'art. 30, comma 1 e 2, della legge 109/94 s.m.i.

Per quanto concerne il contenuto del comma 11-quater dell'articolo 8 che prevede la riduzione al 50% delle polizze cauzionali prestate ad imprese alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie Uni Cei En 45000, la certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee della serie Uni En Iso 9000, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema, è intervenuta l'Autorità dei lavori pubblici a determinare il regime da applicare nel caso di partecipazione ad una gara d'appalto di un'associazione temporanea di impresa.

In considerazione – si legge nella determinazione n. 44/2000 del 27 settembre 2000 - della stretta relazione esistente tra le garanzie di cui trattasi e i profili soggettivi di responsabilità delle imprese stesse, in quanto la cauzione prestata dal concorrente non garantisce solo l'offerta da un punto di vista meramente oggettivo, ma si caratterizza anche per il profilo soggettivo in relazione alla natura ed alla qualità dell'offerente, l'Autorità, tenuto conto della distinzione sotto il profilo della responsabilità, tra associazioni temporanee orizzontali e verticali, ha deciso quanto segue :

- 1) In caso di impresa singola in possesso della certificazione di qualità, ad essa va riconosciuto il diritto alla riduzione della garanzia;
- 2) In caso di raggruppamento orizzontale di imprese- se tutte le imprese facenti parte del raggruppamento sono in possesso della certificazione di qualità, al raggruppamento va riconosciuto il diritto alla riduzione della garanzia;
 - se solo alcune delle imprese sono in possesso della certificazione di qualità, il raggruppamento non può godere del beneficio della riduzione della garanzia;
- 3) In caso di raggruppamento verticale di imprese:
 - se tutte le imprese facenti parte del raggruppamento sono in possesso della certificazione di qualità, al raggruppamento va riconosciuto il diritto alla riduzione della garanzia;
 - se solo alcune imprese sono in possesso della certificazione di qualità, esse potranno godere del beneficio della riduzione sulla garanzia per la quota parte ad esse riferibile.

Non potrebbe essere colta una lieve contraddizione con le sentenze appena commentate???