



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 208 del 2008, proposto da: Ferruccio Zublena Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Massa, Marina Rozzio, con domicilio eletto presso Francesco Massa in Genova, via Corsica 21/18-20;

*contro*

Comune di Bordighera, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Bormioli, Giuseppe Genna, con domicilio eletto presso Giovanni Bormioli in Genova, p.zza Dante 9/14;

*nei confronti di*

Ce.Ma. Costruzioni Edili Marittime Autostradali Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Inglese, Giovanni Olivieri, con domicilio eletto presso Giuseppe Inglese in Genova, via Porta D'Archi 3;

*per l'annullamento*

*previa sospensione dell'efficacia,*

della determinazione dirigenziale n.199 del 17/12/2007 con la quale è stata approvata l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto per lavori di realizzazione passeggiata a mare di collegamento fra i Comune di Bordighera e Vallecrosia.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bordighera;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ce.Ma. Costruzioni Edili Marittime Autostradali Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30/10/2008 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società odierna ricorrente impugnava il provvedimento di aggiudicazione della gara bandita dal comune intimato per i lavori di realizzazione della passeggiata a mare di collegamento fra Bordighera e Vallecrosia.

All'atto impugnato si muovevano le seguenti censure:

- illegittimità dell'ammissione dell'ati Leonarduzzi per mancanza dei requisiti sufficienti ad eseguire la parte di lavori di sua spettanza;
- illegittimità dell'offerta ati edilizia e costruzioni per mancata sottoscrizione della scheda tecnica da parte della banca e non dei beneficiari;
- illegittimità dell'ammissione dell'ati Logos per mancanza dei requisiti minimi previsti dall'art. 95 comma 2 DPR 554\99.

L'amministrazione appaltante e la controinteressata, costitutesi in giudizio, chiedevano ed il rigetto del gravame.

Veniva altresì proposto, dalla aggiudicataria, ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara dell'ati Igra per l'illegittimità della dichiarazione di riparto dei lavori, in termini analoghi alla censura mossa all'ati Leonarduzzi.

Alla pubblica udienza del 30\10\2008 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

La presente controversia ha ad oggetto l'impugnativa dell'aggiudicazione della gara in questione da parte dell'impresa ricorrente; in particolare, l'impugnativa si muove avverso l'ammissione alla gara di tre diversi raggruppamenti nonché sulla premessa che, in caso di esclusione anche di una sola, sulla scorta del conseguente ricalcolo della soglia di anomalia l'aggiudicazione andrebbe in favore della stessa ricorrente. A quest'ultimo proposito, la prospettazione di parte ricorrente non è stata contestata dalle controparti e, conseguentemente, appare pacifica sul punto l'ammissibilità del gravame.

In via preliminare, va evidenziato come parte controinteressata abbia proposto un ricorso incidentale teso, secondo la natura propria di tale mezzo, a rendere privo di interesse il gravame principale; nel caso di specie, peraltro, trattandosi della contestata ammissione di un altro raggruppamento l'esclusione del quale comporterebbe il ricalcolo della soglia in termini sfavorevoli alla ricorrente ma sulla scorta del medesimo motivo di censura dedotto dalla ricorrente principale avverso l'ati Leonarduzzi con il primo motivo di gravame principale, l'esame delle censure e dei relativi gravami può essere svolto congiuntamente.

Con il primo motivo di gravame parte ricorrente contesta l' illegittimità dell'ammissione dell'ati Leonarduzzi per mancanza dei requisiti sufficienti ad eseguire la parte di lavori di sua spettanza.

La censura è infondata. In proposito, per un verso assume preminente rilievo l'opinione già espressa da questa sezione, a tenore della quale la norma di cui all'art. 37 comma 13 d.lg. n. 163 del 2006 impone l'esecuzione dei lavori da parte dei componenti dell'Ati costituenda in relazione alla quota di partecipazione al raggruppamento da parte di ciascuna impresa, ma da tale disposizione non si può trarre l'obbligo per i componenti dell'Ati costituenda per un appalto integrato di progettazione e lavori di specificare in anticipo le quote dei lavori ripartite tra i membri; in particolare poi, a differenza dell'art. 37 comma 13, d.lg. n. 163 del 2006, il comma 4 dell'art. 37 stesso impone effettivamente la previa dichiarazione delle quote delle obbligazioni da eseguire, ma ciò ha riguardo alle sole gare indette per le forniture di beni e servizi, per cui la mancata riproduzione della formulazione richiamata nel comma tredicesimo deve essere intesa come l'espressione della volontà della legge di non estendere la vincolatività del comando anche alle gare in tema di lavori (cfr. ad es. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 08 maggio 2007 , n. 730). Per un altro verso poi nel caso di specie la capogruppo era ben in grado di svolgere autonomamente l'intero complesso dei lavori, in termini di categoria ed importi.

Dalle considerazioni sopra svolte, nonché dalla banale constatazione che una parte delle opere contestate nella medesima percentuale massima del 30 per cento

avrebbe potuto ben essere subappaltata, emerge l'irrilevanza dell'eventuale erronea indicazione dell'importo facente capo ad una delle imprese del raggruppamento.

Quanto sin qui evidenziato rende evidente altresì l'infondatezza del ricorso incidentale, teso ad estendere analoghe considerazioni critiche avverso l'ammissione di altro raggruppamento.

Parimenti infondato appare il secondo ordine di censure del ricorso principale con cui parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'offerta ati edilizia e costruzioni, e quindi della relativa ammissione in gara, per mancata sottoscrizione della scheda tecnica da parte della banca e non dei beneficiari. In proposito, assume rilevanza dirimente l'adesione all'opinione giurisprudenziale prevalente, richiamata dalla difesa resistente e condivisa dal Collegio, secondo cui la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito ed il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili, il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (art. 1346 e 1418 c.c.). In particolare, la determinazione o determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura del negozio fideiussorio (le cui parti sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive (cfr. ad es. Consiglio Stato, sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893).

Inoltre, la mancata previsione della eventuale carenza formale, comunque priva di rilevanza sostanziale, non risulta (ragionevolmente) essere stata prevista dalla lex specialis a pena di esclusione.

A diverse conclusioni deve giungersi in merito al primo profilo di cui al terzo ordine di censure, con cui parte ricorrente lamenta l' illegittimità dell'ammissione dell'ati Logos per mancanza dei requisiti minimi previsti dall'art. 95 comma 2 DPR 554\99. A tenore di tale disposizione "per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'art. 10, comma 1, lettere d), e) ed e- bis), della legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandatanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento di quanto richiesto all'intero

raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”.

Tale norma, nel prescrivere che in caso di associazione temporanea di imprese l'impresa mandataria deve in ogni caso possedere in misura maggioritaria i requisiti prescritti, mira ad assicurare che l'impresa capogruppo sia effettivamente, e non solo astrattamente o potenzialmente, il soggetto più qualificato in rapporto all'importo dei lavori a base d'asta (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. V, 19 febbraio 2007 , n. 832). La misura per essere maggioritaria non può che superare il 50 per cento in capo alla mandataria, in quanto altrimenti opinando sarebbe paritaria o inferiore; orbene tale condizione è assente nel caso di specie.

Pertanto, dinanzi ad una tale ratio nonché al tenore letterale del disposto normativo la censura dedotta appare fondata, con conseguente accertamento dell'illegittimità dell'ammissione dell'ati predetta. Da ciò deriva l'accoglimento del gravame e l'annullamento degli atti impugnati.

Diversamente, inammissibile è la domanda concernente l'annullamento del contratto, ormai pacificamente esclusa dalla cognizione in via principale del giudice amministrativo (cfr. CdS Ad plen. n. 9 del 2008).

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sez. int. II, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale di cui in epigrafe e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

Condanna le parti resistenti in solido alla rifusione di spese ed onorari di giudizio in favore di parte ricorrente, liquidate in complessivi euro 6.000,00 (seimila\00), oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 30/10/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

Luca Morbelli, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO