

N. 01247/2011REG.PROV.COLL.  
N. 04651/2010 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 4651/2010, proposto da:

Diemme Scarl in proprio e quale mandataria Rti – con Smi Srl e Pulisan srl,  
rappresentata e difesa dagli avv. Fiorenzo Calcagnile, Arturo Cancrini e  
Danilo Piscopo, con domicilio eletto presso Cancrini-Piselli Studio Legale  
in Roma, via G. Mercalli, 13; ;

*contro*

Azienda Ospedaliera Regionale San Carlo di Potenza, non costituita in  
giudizio;

*nei confronti di*

Naer Servizi Srl - Global Cri Srl e Vivenda Spa, rispettivamente in proprio  
e in qualità di mandataria e di mandanti di Ati, rappresentate e difese  
dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi  
in Roma, via Cosseria, 2;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata,  
Sezione I n. 7/2010.

Visti il ricorso e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2010 il Cons. Marco Lipari e uditi per le parti gli avvocati De Portu, per delega dell'Avv. Cancrini, e Notarnicola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La sentenza impugnata, previo accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla parte controinteressata, A.T.I. capeggiata dalla società Naer, ha dichiarato improcedibile il ricorso proposto dall'attuale appellante, A.T.I. tra la società Diemme Soc. Coop. a r. l. (mandataria) e le società SMI e PULISAN (mandanti), per l'annullamento della deliberazione n. 1530 del 26/11/2008, adottata dall'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza, concernente l'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei servizi di sanificazione ambientale e pulizia, di trasporto e consegna pasti, di ritiro e trasporto interno rifiuti e di trasporto di materiali vari,.

L'appellante contesta la decisione del TAR, affermando l'infondatezza del ricorso incidentale e riproponendo le censure disattese dal giudice di primo grado.

Le parti intimare resistono al gravame.

In punto di fatto, è opportuno riassumere i tratti essenziali della presente vicenda.

L'Azienda Ospedaliera S. Carlo, con delibera n.298 del 3/3/06, ha bandito una gara per l'affidamento di diversi servizi da espletarsi presso la struttura ospedaliera, analiticamente enucleati nel bando e alla quale ha partecipato la parte appellante.

Alla gara ha partecipato pure la parte controinteressata in primo grado, subendo dapprima l'esclusione cui ha posto rimedio il TAR, accogliendo il relativo ricorso giurisdizionale.

L'amministrazione, all'esito del giudizio, ha assegnato un termine all'a.t.i

Naer, per presentare la propria offerta tecnica.

All'esito della valutazione dell'offerta, DIEMME era collocata al secondo posto, alle spalle dell'A.T.I. Naer Servizi, la quale, pertanto, era individuata come aggiudicataria, con delibera n.845 del 28/6/06.

Avverso gli atti di gara proponevano ricorso DIEMME ed Esperia s.p.a., altra partecipante alla gara, ma il TAR respingeva entrambi i ricorsi.

Il Consiglio di Stato accoglieva entrambi gli appelli proposti da DIEMME ed Esperia, con decisioni nn. 1219 e 1296 del 2008, annullando gli atti impugnati.

Successivamente l'Azienda, con delibera direttoriale n.639 dell'8/5/08, di presa d'atto delle sentenze del Consiglio di Stato, disponeva la rinnovazione della procedura di gara, a partire dalla fase di presentazione delle offerte tecniche ed economiche, inviando lettera di invito tanto alla ricorrente che alla contro interessata.

All'esito della rinnovata procedura di gara, la commissione ha individuato quale vincitore l'ATI Naer, collocando DIEMME al secondo posto.

La sentenza appellata ha ritenuto fondato il ricorso incidentale, con cui la controinteressata NAER aveva dedotto l'inammissibilità del ricorso principale, in relazione all'illegittima ammissione in gara di DIEMME, svolgendo la seguente motivazione.

*“Dall'esame della giurisprudenza (cfr. Ad. Plen. Cons. St. n.8/05; TAR Veneto, I, 23/7/08 n.2072; TAR Calabria, Catanzaro, I, 27/3/08, n.317; TAR Sicilia, Catania, IV, 5/10/06 n.1618; TAR Campania, Napoli, I, 11/12/06 n.10475) emerge che nel contratto di fideiussione il soggetto garantito e l'obbligazione principale costituiscono elementi oggettivi del rapporto e come tali devono essere determinati o quantomeno agevolmente determinabili.*

*Ebbene, il Collegio ritiene che il soggetto garantito, nella specie, appare individuabile non nella costituenda associazione temporanea di imprese bensì nella sola società.*

*Conduce a tale conclusione il fatto che nell'intestazione della polizza del 9/6/08 viene*

*individuata come contraente la sola società DIEMME SCARL, con sede in Roma via delle Cave n.42, senza riferimento alcuno né alle altre ditte componenti (mandanti) del non ancora costituito raggruppamento temporaneo di imprese (la S.M.I. s.r.l. e La Pulisan s.r.l.) né alla qualità di capogruppo- mandataria del costituendo r.t.i. rivestita dalla menzionata DIEMME, la quale quindi risulta contemplata nel documento fideiussorio quale unico soggetto garantito.*

*Inoltre, nel prosieguo del testo contrattuale, il fideiussore dichiara di impegnarsi, in caso di inadempimento degli obblighi derivanti dalla gara di appalto in questione, a versare “quell’importo che risulterà dovuto dalla società DIEMME Scarl predetta...”, con ciò ribadendo la carente indicazione delle altre imprese e perfino della qualità di capogruppo della DIEMME.*

*Ciò stante, nella specie non può non trovare applicazione il principio affermato all’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza citata secondo cui “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”.*

*Nell’ottica sopra riferita, ovviamente, non vale richiamarsi alla lettera d’invito nella parte in cui si dice che la cauzione provvisoria dovrà essere presentata “solo dalla società capogruppo”, dal momento che la clausola richiamata si riferisce essenzialmente all’ipotesi di a.t.i. già costituita.*

*Oltretutto il riferimento alla qualità di “capogruppo” già da solo giustifica la portata della prescrizione dato che rinvia alla presenza di altre imprese, quelle mandanti. Nella specie, in ogni caso, come già detto, la DIEMME non risulta contemplata nella fideiussione neppure quale capogruppo del costituendo r.t.i..*

*Neanche infine può essere valutato in questa sede il documento rilasciato in data 17/3/09 dal Banco di Credito Cooperativo di Roma -ed esibito in giudizio- questa volta completo dei nominativi delle imprese mandanti; esso infatti rappresenta una*

*tardiva integrazione del documento prodotto in sede di gara e che, per i vizi da cui era affetto, giustificava l'esclusione della ricorrente principale in base alla previsione della lettera di invito e comunque, sul piano teleologico, in funzione dell'interesse della p.a. a consentire la partecipazione alla gara esclusivamente in presenza di una copertura fideiussoria integrale.*

*Tutto ciò esposto ne consegue l'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza d'interesse."*

L'appello, che contesta la decisione impugnata, è infondato.

Non ha pregio, infatti, l'affermazione secondo cui la garanzia esibita dall'appellante sarebbe conforme alla previsione della lettera di invito, in forza della quale "la cauzione provvisoria dovrà essere presentata solo dalla società capogruppo".

È evidente, infatti, che, come esattamente rilevato dalla sentenza impugnata, la prescrizione richiamata opera solo in relazione alle ATI già costituite all'atto della presentazione dell'offerta.

In ogni caso, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non possono assumere rilievo i chiarimenti forniti dall'Azienda Ospedaliera, con nota in data 8 giugno 2010, secondo cui "l'ambito di disciplina generale della presente gara era e resta quello delineato dal decreto legislativo n. 157/1995, anche con riferimento alle modalità di formulazione e composizione dell'offerta." Infatti, tale determinazione non incide in alcun modo sulle caratteristiche obiettive della garanzia che l'impresa concorrente deve prestare.

Non è decisiva nemmeno l'affermazione compiuta dall'appellante, secondo cui, prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti avessero solo la facoltà e non l'obbligo di chiedere ai concorrenti la presentazione di una cauzione provvisoria a corredo dell'offerta. Infatti, anche seguendo questa premessa, resterebbe fermo che, una volta stabilita dalla stazione appaltante la prescrizione riguardante la cauzione provvisoria,

le imprese concorrenti sono tenute a presentare garanzie idonee a coprire le obbligazioni assunte da ciascuna delle imprese riunite in ATI.

La Sezione prende atto del parere precontenzioso reso dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, n. 167 del 21 maggio 2008, citato dalla parte appellante e riguardante una vicenda analoga.

Secondo tale pronuncia:

- sussiste l'obbligo che la polizza fideiussoria sia intestata a tutte le imprese di una costituenda ATI, nonché l'obbligo di sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte di tutte le imprese. Nel caso in cui, peraltro, l'errore relativamente alle modalità di sottoscrizione della polizza sia determinato dall'ambiguità delle clausole del bando di gara, queste devono essere interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili;

- nel caso in esame, tuttavia, deve rilevarsi che la documentazione di gara non risulta essere chiara e non equivoca. Infatti il Capitolato Speciale di gara, alla pagina 28, contenente la disciplina sui raggruppamenti di imprese, prevede testualmente quanto segue: "i documenti di cui ai punti 2, 11, 13 e 15 dovranno essere prodotti dall'impresa capogruppo del raggruppamento o del consorzio";

- posto che il punto 15 del Capitolato Speciale si riferisce al deposito cauzionale provvisorio e definitivo, da come è formulata la citata disposizione, potrebbe intendersi che la lex specialis di gara abbia previsto che la cauzione venga prodotta, senza fare distinzione tra raggruppamenti costituiti o costituendi, dalla sola impresa capogruppo;

- stante l'ambiguità della suddetta clausola, è principio noto che le stazioni appaltanti, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, hanno l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese,

cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti;

- pertanto, le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. per tutti già Cons. Stato, VI, 12 giugno 1992, n. 481).

Senonchè, osserva la Sezione, tale orientamento non risulta pienamente persuasivo alla stregua di una interpretazione (conforme ai cennati principi affermati in giurisprudenza ;cfr. C.S. Ad.plen. n.8/2005) della clausola di cui trattasi Il riferimento testuale alla società capogruppo, come detto, lascia chiaramente intendere che si consideri l'ipotesi di un'ATI già istituita, nella quale sia possibile individuare la mandataria.. In ogni caso, come rilevato dal TAR, , nella polizza si sarebbe dovuta quanto meno indicare la qualità di capogruppo della Di emme.

Da ultimo, occorre sottolineare che non potrebbe giovare all'appellante l'affermazione secondo cui l'Istituto Bancario garante, con atto del 17 marzo 2009, abbia espressamente specificato che la fideiussione in parola è stata emessa "su richiesta della spettabile DIEMME scarl, e nell'interesse della Spettabile ATI DIEMME – S.M.I. – LA PULISAN, a garanzia dell'adempimento da parte della Spettabile ATI DIEMME –S.M.I. –LA PULISAn stessa, delle obbligazioni derivanti dalla gara di appalto.

Si tratta, infatti, di un documento formato ben oltre la data di conclusione della procedura di gara in contestazione.

In definitiva, quindi, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

Respinge l'appello, compensando le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2010

con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)