



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 451 del 2011, proposto da:
Edil Coop Friuli Soc. Coop., R.T.I. Gem- Mattews International
S.r.l. e Artco Servizi, rappresentati e difesi dagli avv. Fabrizio Paliotti
e Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso la Segreteria Generale
T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Comune di Cervignano del Friuli, rappresentato e difeso dall'avv.
Giuseppe Sbisà, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via
Donata 3;

nei confronti di

Consorzio Co&Ge, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro
Cinti, Roberto Facinelli, Mario Paolo Sardos Albertini, con domicilio
eletto presso l'ultimo, in Trieste, via Filzi 15;

per l'annullamento

- delle Determinazioni n. 538 del 28 giugno 2011 e n. 619 del 26 luglio 2011 con le quali il Responsabile del Settore una volta intervenuta la rinuncia ad accettare l'incarico di componente della Commissione di gara da parte dell'ingegner Luca Francesco Budai, sorteggiato fra i nominativi trasmessi dal Consiglio dell'Ordine degli Ingegneri di Udine - ha a propria discrezione, nominato membro della Commissione con determinazione dd.28 giugno 2011 l'ing. Gianpaolo Guarani, nonostante non fosse stato inserito in tale rosa, e quindi, dopo l'intervenuta sua rinuncia, con determinazione dd 26 luglio 2011 l'ing. Fulvio Bressan, anch'egli non indicato dal Consiglio dell'Ordine;
- di tutte le operazioni compiute dalla Commissione di gara, pertanto illegittimamente costituita in violazione della disposizione di cui all'articolo 84 comma 8 del Codice Appalti e degli articoli 17 comma 7 della Legge Regionale 31 maggio 2002 n. 14 e 71 commi 1 e 2 del Regolamento di Attuazione di tale legge , di cui al decreto del Presidente della Regione 5 giugno 2006 n. 165.
- del provvedimento assunto da tale Commissione nella seduta del 12 agosto 2011 con cui l'offerta economicamente più vantaggiosa è stata ritenuta quella presentata dal costituendo R.T.I. Consorzio Co&Ge;
- del provvedimento del Comune di Cervignano di aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore di tale R.T.I. (comunicato in data 19 settembre 2011 con lettera prot. n. 30467/UT2470);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Cervignano del Friuli e di Consorzio Co&Ge;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Co & Ge, *ut supra* rappresentato e difeso;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La ricorrente Edil. Coop. Friuli Soc. Coop., quale mandataria del costituendo R.T.I., che ha partecipato alla gara per “l’affidamento in concessione, di durata trentennale, della progettazione, costruzione e gestione di un impianto di cremazione comunale”, impugna tutti gli atti della procedura, a partire dalla nomina della Commissione, sino all’aggiudicazione dell’appalto al controinteressato Consorzio Co & Ge

1.1. - Lamenta, in specie, l’illegittima composizione della Commissione aggiudicatrice in quanto uno dei membri sarebbe stato nominato violando le regole poste dall’art 17, comma 7, della L.r. 14/02 e dall’art. 71, commi 1 e 2, del Regolamento di attuazione n. 165/06, che prevedono il sorteggio dei componenti l’organo di

valutazione tra i nominativi segnalati dagli Ordini Professionali o dalla Facoltà Universitaria di appartenenza; nel mentre il RUP, benché avesse richiesto e ricevuto una rosa di nomi, dopo la rinuncia di alcuni di essi, ha ritenuto di poter effettuare autonomamente tale scelta, nominando un professionista “esterno”, nella persona dell'ing. Bressan.

2. - Si è costituito in giudizio il Comune di Cervignano del Friuli, che puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione, eccependone, *in limine*, l'inammissibilità; sotto il profilo formale, perché la ricorrente avrebbe agito in giudizio solo quale “capogruppo mandataria del costituendo R.T.I.” e non anche in proprio; e, nella sostanza, per carenza dell'affermato “interesse strumentale alla ripetizione della gara”, in quanto l'opera è finanziata con fondi regionali che andrebbero perduti se non viene completata in tempi brevi, cosicché l'annullamento della gara comporterebbe anche la rinuncia da parte del Comune alla realizzazione dell'opera.

3. - L'aggiudicatario Consorzio Co & Ge, esso pure presente in giudizio, ha proposto ricorso incidentale, affermando che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per irregolarità della cauzione provvisoria (emessa in favore della sola Edil. Coop. Friuli), e per genericità del contratto di avvalimento prodotto da GEM Matthews International srl, che intendeva utilizzare per la partecipazione alla gara i requisiti di Socrem.

4. - Per la risoluzione della presente controversia è necessario partire

dal ricorso incidentale, poichè lo stesso contesta l'illegittima ammissione della ricorrente alla gara. Infatti, se le censure proposte dal controinteressato fossero fondate, e la ricorrente dovesse essere esclusa, il ricorso sarebbe inammissibile per carenza di interesse (e/o di legittimazione), come stabilito dall' A.P. n. 4/11.

4.1. - Il Collegio ritiene che la prima censura del ricorso incidentale - con cui si lamenta l'inidoneità della fidejussione presentata da Edil. Coop. Friuli - sia fondata.

4.1.1. - In fatto, va rilevato che la garanzia dimessa dalla ricorrente è così concepita: la Banca FriulAdria, premesso che la Ditta Edil.Coop. Friuli, "quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con le ditte GEM – Matthew International srl, ARTCO Servizi coop; Studio d'Ingegneria Civile ing. Arturo Busetto; Studio Tecnico di ing. Fabio Urban; Studio Tecnico Impianti Tecnologici P.I. Franco Sutto, intende partecipare all'asta pubblica per l'affidamento della concessione per la progettazione, costruzione e gestione del Crematorio Intercomunale, primo lotto", costituisce fidejussione "nell'interesse della Ditta Edil.Coop.Friuli", intendendo "restare obbligata in solido con la Ditta debitrice". L'allegata dichiarazione del funzionario della Banca precisa, inconfutabilmente, di essere legittimata ad impegnare il soggetto fideiussore, "con riferimento alla cauzione provvisoria rilasciata in favore della Ditta Edil.Coop. Friuli con sede in Gemona del Friuli (UD)". L'atto risulta sottoscritto, oltre che "dal contraente" Edil.Coop. Friuli, anche da Franco Sutto,

ARTCO, Fabio Urban e Arturo Busetto. Non compare invece la sottoscrizione di GEM – Matthew International srl .

Il bando di gara, per quanto concerne la cauzione provvisoria, al punto 11.12 espressamente (ancorchè impropriamente, come verrà appresso precisato) prevede che per le ATI e i Consorzi da costituirsi (come nel presente caso) “la cauzione dovrà essere sottoscritta dalla capogruppo nell’ipotesi in cui risulti che il contraente è il costituendo ATI, in caso contrario dovrà essere sottoscritta da tutte le ditte associate”

Va da sé che la prescrizione dal Bando deve intendersi, più correttamente, non come “sottoscrizione” della fidejussione, bensì come “intestazione” della stessa. E invero, come stabilito da consolidata e ferma giurisprudenza “nel caso di partecipazione di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo ad una gara di appalto, la polizza fidejussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, ciò al fine di evitare il configurarsi una carenza di garanzia per la Stazione Appaltante con riferimento a quei casi in cui l’inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti”. Infatti, “in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite

sono tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione" (A.P., n. 8/05; C.S. n. 1247/11, e id. n. 6533/09, secondo cui "nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, 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". Da ultimo, e per tutti: TAR Abruzzo L'Aquila n. 279/11).

Né può ritenersi che l'improprietà ("sottoscrizione" in luogo di "intestazione") della clausola di Bando, che dovrebbe essere comunque interpretata come l'imposizione di un ulteriore obbligo (cioè, oltre a quello della intestazione, anche della "sottoscrizione", non prevista dal c.c., e che la ricorrente ha comunque rispettato solo in parte, poiché manca la sottoscrizione di GEM – Matthew International srl) legittimasse la S.A. ad ammettere la ricorrente per *incertezza* nelle prescrizioni del Bando (sul principio: C.S. 4533/10); infatti, secondo assolutamente ferma giurisprudenza nel contratto di fidejussione, il fidejussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Il contratto interviene quindi tra il garante (nella specie, l'Istituto di

Credito) ed il beneficiario (Comune di Cervignano) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo. Il garantito (nella specie Edil.Coop. Friuli) non è parte necessaria, tant'è che la fideiussione è efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936, comma 2, c.c.). La circostanza che nella polizza fidejussoria di specie compaiano le sottoscrizioni di tutte (meno una) le Ditte che comporranno l'ATI (come previsto dal Bando) non assume, di per sé, alcun rilievo, dato che, al più, tali sottoscrizioni avrebbero evidenziato i rapporti interni tra il garantito ed il garante, ma non incidono sulle posizioni del beneficiario che, in base al documento presentato, si sarebbe trovato garantito solo per le inadempienze di Edil. Coop. Friuli, e non anche delle altre Ditte.

Il ricorso incidentale va quindi accolto, perché Edil. Coop. Friuli avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per inidoneità della fidejussione presentata.

4. - A quanto esposto, consegue che il ricorso principale deve essere dichiarato inammissibilità, per carenza di legittimazione e comunque di interesse.

5. - Sussistono tuttavia giuste ragioni per disporre la totale compensazione, tra le parti tutte, delle spese e competenze di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sui ricorsi principale e incidentale in

epigrafe, accoglie il ricorso incidentale e, conseguentemente, dichiara inammissibile per carenza di legittimazione e di interesse quello principale.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti tutte.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2011

IL SEGRETARIO

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