



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 della Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1255 del 2010, proposto da:
Sas Eredi di Ruggiero Patrizio Ati, rappresentata e difesa dall'avv.
Antonio Zullo, con domicilio eletto in Salerno, alla via Robertelli, n.
51 c/o Avv. Agosto;

contro

Comune di Sant'Angelo All'Esca, in persona del Sindaco in carica *pro
tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Emilio Paolo Sandulli, con
domicilio eletto in Salerno, al c.so Garibaldi, n. 195 c/o Barbirotti;

nei confronti di

Meninno Trasporti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pasqualino
Pavone, *ex lege* domiciliato presso la Segreteria del Tribunale;

per l'annullamento

1) della comunicazione datata 24.05.2010, recante l'aggiudicazione
provvisoria dei lavori di realizzazione di opere idrauliche a favore

della Meninno Trasporti s.r.l.; 2) dei verbali di gara; 3) della nota prot.n.2429/2010; 4) della determina n.40/2010 di cui alla comunicazione prot.n. 2435/2010; 5) di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sant'Angelo All'Esca e di Meninno Trasporti S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Giovanni Grasso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

CONSIDERATO che, con ricorso notificato in data 22-23 luglio 2010 e ritualmente depositato il 30 luglio successivo, la s.a.s. Eredi Ruggiero Costruzioni di Ruggiero Patrizio e la s.r.l. Geometra Di Talia Mario, quali componenti della corrispondente associazione temporanea di imprese, impugnavano gli esiti sfavorevoli della procedura evidenziale attivata dal Comune di S. Angelo all'Esca per l'affidamento dei lavori di realizzazione di opere idrauliche, costruzione rete idrica e demolizione di serbatoio esistente, di cui al bando prot. n. 288 in data 22 gennaio 2010, all'uopo lamentando l'illegittimità (per plurima violazione di legge ed eccesso di potere) della mancata esclusione della controinteressata impresa aggiudicataria e criticamente prospettando ed argomentando, a sostegno del

proposto gravame:

- a) l'asserita inidoneità della polizza fidejussoria presentata, in quanto non espressamente preordinata a garantire anche la responsabilità della impresa ausiliaria (segnatamente, la Nica Costruzioni s.r.l.) del cui apporto aveva inteso avvalersi: e ciò perché, a suo dire, stante la regola della responsabilità solidale gravante sull'impresa avvalsa, la cauzione avrebbe dovuto essere intestata a tutte le imprese responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara;
- b) l'abusiva dimidiazione della cauzione provvisoria prestata (dal 2% all'1%), stante il denunciato difetto dei relativi presupposti e – segnatamente – della idonea qualificazione per la categoria di lavori oggetto dell'appalto (essendo, per giunta, in tesi precluso il ricorso all'avvalimento per sopperire alla carenza della certificazione di qualità, trattandosi di requisito soggettivo e non oggettivo);
- c) la ventilata carenza della prescritta iscrizione alla Camera di commercio, anche in relazione all'impresa ausiliaria, per l'attività oggetto di gara;
- d) l'irritualità dell'offerta migliorativa presentata, siccome non corredata della firma, asseritamente necessaria in quanto dichiaratamente funzionale alla geologia del territorio e alla natura dei terreni oggetto di programmato attraversamento, di un geologo, ma solo di un ingegnere;
- e) l'inidoneità, sotto distinto profilo, della ridetta offerta migliorativa, in quanto affidata, in asserita violazione della *lex specialis* di procedura, ad un numero di pagine (ottantacinque) superiore a quello previsto a

pena di esclusione (20);

f) l'abusiva omissione – stante l'allegata anomalia dell'offerta formalizzata dall'aggiudicataria (per essere la sommatoria dei punti relativi al prezzo e di quelli relativi agli altri elementi pari o superiori ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi prefigurati dal bando di gara) – della procedura di verifica di cui all'art. 64, 6° comma d.p.r. n. 554/1999;

RITENUTO che, a dispetto della eccezione formulata sul punto dalla difesa dell'Amministrazione, il ricorso è ammissibile, posto che – trattandosi di impugnativa congiunta dell'aggiudicazione provvisoria e di quella definitiva – il termine di decorrenza per la proposizione del ricorso non può essere fatto decorrere che dalla piena conoscenza della seconda (atto conclusivo del procedimento, idoneo a concretizzare l'effettiva lesione degli interessi azionati), avvenuta in forza della comunicazione in data 25 giugno 2010;

CONSIDERATO, nel merito, che il Collegio ritiene fondata il primo degli articolati motivi di doglianza, di cui *supra sub a)*, il quale – per la sua attitudine assorbente di ogni altro dei dedotti profili – si appalesa idoneo a giustificare (diversamente da quanto ritenuto in sede di sommaria cognizione della istanza cautelare incidentalmente intesa alla temporanea sospensione degli effetti del provvedimento impugnato) il complessivo accoglimento del ricorso;

RITENUTO, sotto il profilo in questione, che la questione da

esaminare consiste nel quesito se, in caso di ricorso all'avvalimento *ex art. 49 d. lgs. n. 163/2996*, la cauzione provvisoria di cui al successivo art. 75 debba essere prestata o meno anche a favore dell'impresa ausiliaria: questione, benvero, complessa ed oggetto di divergente presa di posizione pretoria (nel primo senso, valorizzato da parte ricorrente, TAR Lombardia, Milano, sez. I, 29 luglio 2009, n. 4537; nel secondo ed opposto, diffusamente difeso *ex adverso*, TAR Lazio, Roma, sez. I, 3 dicembre 2009, n. 12355);

CONSIDERATO – avuto riguardo ai singoli argomenti addotti a sostegno dell'una e dell'altra posizione –

che la tesi della non necessaria estensione della garanzia anche a favore dell'impresa ausiliaria si fonda – nel complessivo ed articolato ragionamento svolto dalla rammentata pronunzia del TAR Lazio n. 12355/2009 – sul progressivo e consequenziale assunto, incentrato sull'argomentazione logica *a contrario*, per cui:

a) dalla opinione (ormai di fatto consolidata, dopo la chiara presa di posizione di Cons. Stato, ad. plen., n. 8/2005) per cui, in caso di associazione temporanea *constituenda*, si imponga l'obbligo di estensione della intestazione della cauzione anche nei confronti di tutte le imprese mandanti, individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara (e ciò al preordinato fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante nei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo), dovrebbe ricavarsi – in forza di “*speculari considerazioni*” *a contrario*– che siffatta

regola non operi anche nella diversa ipotesi di raggruppamento già *costituito* (nel qual caso – come già in altra occasione ritenuto: cfr. per tutte TAR Lazio, sez. III *ter*, 24 giugno 2008, n. 6122 – la cauzione provvisoria potrebbe essere legittimante intestata alla sola capogruppo mandataria, per essere, in buona sostanza, il soggetto garantito la associazione *nel suo complesso* e non nelle sue componenti;

b) da tale, non discussa, premessa dovrebbe trarsi, allora, il corollario – frutto di argomento *a maiori ad maius* – che l'esigenza di estensione della garanzia ricorra *a fortiori* nei confronti delle imprese (meramente) ausiliarie, delle quali taluna delle concorrenti abbia manifestato l'intendimento di avvalersi al fine di integrare i requisiti di qualificazione necessari per la partecipazione alla procedura di selezione: ché se così non fosse (tale è la asserita contraddizione rilevata dal collegio capitolino nella diversa opinione espressa dal tribunale meneghino), sarebbe "*logicamente incomprensibile*" che – nel caso, come quello in concreto esaminato, di associazione temporanea costituita con richiesta di avvalimento di una delle imprese mandanti, la garanzia debba paradossalmente estendersi all'ausiliaria della mandante e non alla mandante medesima;

RILEVATO che gli argomenti addotti a sostegno della tesi negatrice, come sopra riassunti, si appalesano, ad avviso del Collegio, iperlogici e, come tali, ancorché obiettivamente speciosi, di per sé non concludenti, essendo fondati su premesse non discusse e date per dimostrate, atteso che, ad una meno sommaria disamina:

a) è del tutto esatto che – con decisione alla quale, pur non pertinente *in re*, il Collegio presta in via di principio adesione – l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato abbia affermato che, in caso di associazione *costituenda*, la cauzione provvisoria debba essere riferita a tutte le imprese concorrenti e, segnatamente, anche alle mandanti: ma prova troppo dedurre – con evidente salto logico – che, *a contrario*, la regola opposta dovrebbe valere in caso di associazioni costituite (a loro volta assunte quale utile *tertium comparationis* rispetto all’ipotesi di avvalimento): e ciò non fosse altro perché, per un verso, la pronunzia del supremo Collegio ha accuratamente evitato di prendere espressa posizione sull’argomento, all’evidenza estraneo alla controversia sottoposta alla sua cognizione, ed anzi – semmai – ha, in un non irrilevante passaggio motivazionale, precisato che la *ratio* della previsione della garanzia a favore della stazione appaltante opererebbe “*soprattutto*” (e, quindi, verrebbe fatto di chiosare, *non esclusivamente*) nel caso delle ATI costituenti;

b) per tal via alla conclusione per cui, nel caso di associazioni *costituite*, la garanzia dovrebbe essere prestata solo a favore della mandataria (premessa minore della conclusione sillogistica intesa ad escludere tale necessità nel caso di ricorso all’avvalimento) non può essere dedotta in forza dell’argomento *speculare*, ma semmai dovrebbe discendere da meno sommario indugio in ordine alla funzione della cauzione provvisoria ed alla rilevanza degli interessi in gioco nel caso di associazione costituita;

c) ne discende che – sebbene la necessaria indicazione delle imprese

mandanti nell'intestazione della polizza potrebbe *prima facie* ritenersi superflua nelle ATI costituite, in considerazione del fatto che in tali ipotesi le imprese diverse dalla mandataria, mediante il conferimento del mandato, si sono spogliate, trasferendoli a quest'ultima, dei poteri relativi alla stipula del contratto, con il che, ove il raggruppamento risultasse aggiudicatario, solo la mandataria potrebbe impedire la conclusione del contratto e non, invece, le altre imprese associate – nondimeno, proprio a voler con coerenza seguire le premesse espresse dall'adunanza plenaria, le conclusioni devono essere necessariamente difformi, atteso che tra gli obblighi direttamente garantiti dalla polizza vanno ricompresi *non solo quelli strettamente attinenti alla conclusione del contratto ma anche quelli concernenti la veridicità dei requisiti dichiarati dalle singole imprese raggruppate*: di tal che, in sostanza, la necessità di assicurare la stazione appaltante anche in rapporto a questi ultimi profili finisce per rendere necessaria l'indicazione di tutte le imprese del raggruppamento ancorché costituito, potendosi ascrivere l'inadempimento dei suddetti obblighi anche alle mandanti oltreché, ovviamente, alla mandataria;

d) dalle riassunte premesse discende il duplice e coerente corollario che – per un verso – non può essere data per valida (ed anzi deve essere ridiscussa nei sensi chiariti) la valorizzata premessa secondo cui nella associazione temporanea costituita la cauzione fideiussoria possa legittimamente essere riferita alla sola capogruppo mandataria (dovendo, invece, optarsi per l'opposta, più rigorosa e garantista soluzione) e – per altro verso – cade, rispetto al problema

concernente l'ipotesi dell'avvalimento, il correlato argomento *a fortiori* (non sussistendo, per giunta, nessuna ragione per evidenziare la, non più prefigurabile, contraddizione consistente nel pretendere l'estensione della garanzia a favore dell'ausiliaria ma non della mandante);

e) in realtà, la debolezza della tesi che qui si esamina (ciò che va detto, per quanto precede, indipendentemente dalla sua fondatezza nel merito) sta proprio nel suo fondarsi su premesse (troppo) logiche e non – come invece è necessario – sulla verifica sostanziale della complessiva funzione della cauzione provvisoria e delle ragioni che militino *pro* o *contra* la sussistenza di una unitaria *ratio* anche nel caso dell'avvalimento;

RITENUTO che – per contro – le ragioni che militano per l'accoglimento della opposta tesi (esattamente, ancorché sinteticamente valorizzata dal TAR Lombardia nella richiamata pronunzia) si fondano sul complessivo e strutturato assunto per cui:

a) funzione della cauzione provvisoria è, come è pacifico non meno in dottrina che in giurisprudenza, quella di garantire l'*affidabilità dell'offerta* in relazione a *tutti gli aspetti della partecipazione*, ivi comprese le *dichiarazioni relative al possesso dei requisiti che connotano l'offertae ne caratterizzano la serietà* (cfr. la deliberazione n. 10 dell'8 febbraio 2006 dell'Autorità di vigilanza);

b) in tale prospettiva, la stessa ha (non solo) funzione *lato sensu* *indennitaria*, in relazione ai potenziali danni cagionati alla stazione

appaltante dall'eventuale rifiuto di addivenire alla stipula del contratto, ma (anche) funzione *sanzionatoria* degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2009, n. 288, sulla scia di ad. plen. n. 8/2005 cit.);

c) ciò posto – avuto riguardo, *per obiter*, alla ipotesi della associazione temporanea costituita – non può ritenersi sufficiente che la garanzia *de qua* copra i comportamenti della sola mandataria (unico soggetto, in verità, che in tale fattispecie potrebbe concretamente sottrarsi all'obbligo di stipulare il contratto una volta aggiudicato), ma deve di necessità (pena la sua obiettiva insufficienza) garantire anche la serietà delle dichiarazioni fornite da tutti i soggetti (nella specie: le mandanti) che si riferiscano al possesso dei requisiti necessari a formalizzare un'offerta seria (*id est*, veritiera e suscettibile, in quanto astrattamente conforme alla previsione della *lex specialis*, di essere presa in considerazione in sede procedimentale): il contrario avviso – ancora di recente espresso da Cons. Stato, sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4914, che il Collegio non ignora – non può essere, perciò, in tesi astratta condiviso;

d) se, comunque, si pon mente alla riassunta e complessiva logica, non può non osservarsi – con riferimento alla fattispecie dell'avvalimento – che, stante l'espressa responsabilità *anche nei confronti della stazione appaltante* assunta dall'impresa ausiliaria in ordine al *possesso dei requisiti* di carattere economico, finanziario, tecnico od organizzativo necessari

a fini dell'utile partecipazione alla gara della impresa ausiliata (art. 49, 2° comma lettera *d*) del d. lgs. n. 163/2006), deve in ogni caso argomentarsi (cioè a dire: indipendentemente dalla opinione che si ritenga di privilegiare rispetto alla questione, esaminata *supra*, della cauzione in caso di associazione temporanea già costituita) nel senso della estensione anche a tali dichiarazioni della garanzia cui è preordinata la cauzione provvisoria a prestarsi;

CONSIDERATO – in altre parole e con più lungo e stringente discorso, reso necessario dalla obiettiva complessità della materia:

a) che – ai sensi del richiamato art. 49, 2° comma lettera *d*) – l'impresa ausiliaria deve *formalmente* obbligarsi, mercé il rilascio di apposita dichiarazione sottoscritta, alla messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui [sia] carente il concorrente” non solo nei confronti di quest'ultimo, ma anche “verso la stazione appaltante”: con la conseguenza che “essa non è un soggetto terzo rispetto alla gara”, essendo piuttosto “titolare passivo di una obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente [che] si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti” (in termini, Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742);

b) che – del resto – la stessa ausiliaria è *espressamente* tenuta ad attestare – con conseguente assunzione di responsabilità – il possesso dai parte sua dei requisiti generali di cui all'art. 38 (cfr. art. 49, 2° comma lettera *c*): di tal che – ove tali dichiarazioni, *anche inerenti l'impresa ausiliaria*, risultassero mendaci, la garanzia dovrebbe essere escussa (cfr. art. 49,

3° comma): con il che non può non essere palese che tale garanzia sia, per l'appunto, destinata a coprire anche la serietà delle dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria;

c) che – non a caso – l'art. 49, 4° comma scolpisce la regola della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante;

d) che – a tutto voler negare e quand'anche, cioè, si voglia valorizzare il (critico) orientamento dottrinario in forza del quale la funzione tipica dell'impegno assunto dal garante si esaurisca integralmente nella fase procedimentale della verifica del possesso dei requisiti di ammissione, senza assumere (come ritiene il richiamato orientamento pretorio) alcun rilievo sostanziale in sede di eventuale aggiudicazione e tanto meno in sede di esecuzione del contratto – la conclusione, ai fini in discussione, non potrebbe mutare, posto che, in ogni caso, resterebbe ferma la funzione della cauzione provvisoria, nella sua attitudine a garantire la complessiva serietà dell'offerta, intesa nei termini di *esatta e veritiera* evidenziazione della sussistenza dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale;

e) che – in buona e definitiva sostanza – il Collegio opina doversi concludere nel senso (ben compreso ed esattamente valorizzato da TAR Lombardia cit. *supra*) per cui, svolgendo la cauzione provvisoria una *duplice funzione* di garanzia per l'amministrazione appaltante, a tutela della serietà e della correttezza del procedimento di gara, *sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto, sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico -*

finanziaria e tecnico - organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito, debba risultare evidente che *anche sotto questi profili (non strettamente collegati alla sottoscrizione del contratto)*, essa debba essere intestata a tutte le imprese che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, diversamente venendosi a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, le quante volte l'inadempimento non dipenda dal soggetto che l'ha prestata, ma dagli altri: con il che, quale corretta *regula agendi*, il fideiussore deve richiamare le modalità della partecipazione alla gara di più imprese – nella specie, in avvalimento -, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara;

RITENUTO che il complesso delle considerazioni che precedono induce all'accoglimento del primo motivo di gravame, e, con esso, dell'intero ricorso, per assorbimento di ognuno degli altri evidenziati profili;

CONSIDERATO che – ricorrendo, nella specie, i presupposti di cui agli artt. 122 e 124 c.p.a. – il contratto nelle more stipulato con la controinteressata va dichiarato inefficace, e alla stazione appaltante va fatto ordine di procedere, non constando di motivi in contrario, alla aggiudicazione in favore della ricorrente, nella qualità di seconda graduata;

RITENUTO che la complessità delle questioni deliberate e l'obiettiva incertezza in ordine alla esatta interpretazione della normativa evocata giustifica senz'altro l'integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 23 marzo e del 23 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Onorato, Presidente

Sabato Guadagno, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/10/2011

IL SEGRETARIO

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