

# REPUBBLICA ITALIANA

N. 4655/06 REG.DEC.

## IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5153 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2005

### DECISIONE

**sul ricorso in appello** n. 5153/2005 proposto dalle Soc.  
IDRESIA SRL QUALE CAPOGRUPPO ATI ;

- ATI ZACCARI COSTRUZIONI SRL rappresentato e difeso  
dall'avv. Andrea Abbamonte con domicilio eletto in Roma via  
degli Avignonesi, n. 5; presso l'avv. Andrea Abbamonte;

### CONTRO

- il CONSORZIO SMALTIMENTO RR.SS.UU. BN/1 non  
costituitosi;

### e nei confronti di

- ATI CO.NA.PRO. SCARL non costituitosi;

ATI ORFE' COSTRUZIONI & FIGLI SRL non costituitosi;

### per la riforma

della sentenza del **TAR CAMPANIA - NAPOLI: Sezione I n.**  
**2481/2005**, resa tra le parti, concernente APPALTO PER  
LAVORI DI BONIFICA E SISTEMAZIONE IMPIANTO DI  
PIANO BOREA;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.

1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 31 marzo 2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed udito, altresì, l'avvocato F. Accarino su delega dell'avv. Abbamonte;

Visto il dispositivo di decisione n. 240/2006

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con la sentenza appellata, il TAR Campania ha respinto il ricorso proposto dall'ATI Idresia avverso la delibera del Consorzio smaltimento rifiuti solidi urbani BN/1 in data 20.5.2002, recante aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI CO.NA.PRO. dei lavori di bonifica della vasca n. 1 dell'impianto di Piano Borea.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello l'ATI Idresia, deducendo quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la CO.NA.PRO e la ORFE' dovevano essere escluse dalla gara per l'inidoneità della fideiussione bancaria presentata a titolo di cauzione provvisoria, essendo stata la garanzia rilasciata a nome della sola mandataria, senza alcun riferimento alle obbligazioni facenti capo all'impresa mandante e senza alcuna menzione del costituendo raggruppamento

- l'impresa CO.NA.PRO., sebbene in possesso dei requisiti richiesti dal bando, aveva illegittimamente associato a sé l'impresa Orfè priva dei requisiti prescritti nella misura minima

del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento; né era idonea a sanare tale difetto la circostanza che vi fosse associazione in cooptazione;

- le buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica dovevano essere ceralaccate e controfirmate sui lembi di chiusura, mentre l'offerta dell'ATI convenuta era contenuta in un plico ceralaccato e siglato solo su di una facciata e sul lembo di chiusura sovrapposto, per cui occorreva procedere all'esclusione dell'ATI aggiudicataria.

Ha quindi richiesto il risarcimento del danno patito per la mancata esclusione dell'ATI CO.NA.PRO - ORFE'.

Con memoria conclusiva, l'appellante ha in particolare ribadito che l'inidonea sigillatura era stata tale da consentire all'interno del plico una sostituzione della busta contenente l'offerta economica.

2. Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 31.3.2006.

3. L'appello è infondato.

3.1. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, l'impresa aggiudicataria non doveva essere esclusa dalla gara in relazione alla prospettata inidoneità della fideiussione bancaria presentata a titolo di cauzione provvisoria, per essere stata la garanzia rilasciata a nome della sola mandataria, senza alcun riferimento alle obbligazioni facenti capo all'impresa mandante e senza alcuna menzione del costituendo raggruppamento.

Il Collegio non ha motivi per discostarsi dal recente orientamento espresso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio nella decisione n. 8 del 4.10.2005, secondo cui la garanzia fideiussoria, nel caso di ATI costituenti, deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara. Diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), in conclusione, il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, 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.

Invero, detto principio si riferisce all'ipotesi di una costituenda associazione temporanea ordinaria (di tipo verticale od orizzontale) di cui all'art. 95, commi 2 e 3, D. L.vo 21.12.1999 n. 554, mentre nel caso in esame si tratta dell'ipotesi regolata da 4° comma del menzionato articolo, il quale consente alla singola impresa o all'associazione temporanea da costituire, che abbiano i requisiti prescritti per partecipare alla gara, di associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da

quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultime non superiori il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

In quest'ultimo caso, si è in presenza della c.d. associazione per cooptazione, già contemplata dall'art. 23, 6° comma, D. L.vo 19.12.1991 n. 406, che ha lo scopo di far entrare nel sistema degli appalti pubblici imprese di modeste dimensioni che altrimenti non potrebbero parteciparvi per mancanza dei requisiti prescritti per costituire un'associazione ordinaria (cfr. la decisione di questa Sezione n. 3129 dell'11.6.2001).

Nella specie, nel partecipare alla gara vi era stata espressa dichiarazione della CO.NA.PRO, in possesso da sola dei prescritti requisiti, ad associare la ditta Orfè ai sensi dell'art. 95, 4° comma D.P.R. n. 554/1999, con impegno a non eseguire più del 20 % dell'importo complessivo dei lavori, e di conseguenza la Orfè ha assunto nei confronti della stazione appaltante solo un ruolo secondario che non abbisogna di essere coperto dalla garanzia fideiusoria.

3.2. Ne discende che non può essere condivisa neppure la doglianza secondo cui l'impresa Orfè sarebbe priva dei requisiti prescritti nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. Invero detto requisito minimo del 10% si riferisce solo al caso di associazione di tipo orizzontale,

contemplata dall'art. 95, secondo comma, D.P.R. n. 554/1999, mentre nella specie si tratta di associazione in cooptazione, come sopra precisato.

3.3. Privata di fondamento è anche l'ultima doglianza con la quale si assume che l'offerta dell'ATI convenuta era contenuta in un plico ceralaccato e siglato solo su di una facciata e sul lembo di chiusura sovrapposto.

La relativa problematica non è sfuggita alla commissione di gara, la quale non solo ha dichiarato a verbale che l'offerta della CANAPRO-Orfè era integra e regolare ma, a fronte delle osservazioni del Direttore tecnico di Idresia, ha ritenuto sostanzialmente garantita la segretezza dell'offerta. Anche il TAR si è espresso negli stessi termini, rilevando che la chiusura con nastro adesivo costituisce un *quid pluris* rispetto alla sigillatura della busta, di tal che non può in alcun modo ridondare in termini negativi sull'esigenza di segretezza dell'offerta.

Né in appello sono stati offerti elementi dai quali potesse desumersi la possibilità di una sostituzione della busta contenente l'offerta economica dell'aggiudicataria.

4. Per quanto considerato l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

**P.Q. M.**

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.**

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 31.3.2006  
con l'intervento dei signori:

Agostino Elefante	Presidente
Raffaele Carboni	Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Agatina Maria Vilardo

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 25 luglio 2006**

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

***p. Il Dirigente***

**f.to Livia Patroni Griffi**