



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8505 del 2005, proposto dalla società Nardoni Lavori a r.l., già Impresa Individuale Giovanni Nardoni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. costituenda con la ditta individuale Salvatore del Prete, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Nilo e Francesco Muscatello, con domicilio eletto presso lo studio Grez in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46 -P. IV /B;

contro

Comune di Conversano, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Lanno, con domicilio eletto presso Renzo Cuonzo in Roma, via di Montefiore n. 22;

nei confronti di

Igeco S.r.l., non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Puglia – Bari - sezione I, n. 3720 del 30 agosto 2005.

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del comune di Conversano;

viste le memorie difensive prodotte dal comune (in data 13 febbraio 2012) e dalla appellante (in data 13 e 20 febbraio 2012);

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2012 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Nilo e Gattamelata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito:

a) dal provvedimento di esclusione della ditta Impresa individuale Giovanni Nardoni, capogruppo dell'a.t.i. orizzontale con la ditta individuale Del Prete Salvatore, dalla gara di appalto per la costruzione della condotta dell'impianto di depurazione del comune di Conversano; l'esclusione è fondata sulla omessa prestazione della cauzione, a garanzia dell'offerta, nella misura del 2% dell'importo dei lavori (cauzione pari ad euro 37.701), come richiesto dal punto 8 del bando e dal punto 5, sub lettera A, del disciplinare di gara, <<...in quanto la cauzione provvisoria presentata è risultata pari all'1%, e tanto, nonostante il requisito di certificazione di qualità ISO 9001 sia risultato in possesso soltanto di una delle imprese componenti la futura ATI>> (cfr.

verbale di gara in data 11 aprile 2003);

b) dal provvedimento di aggiudicazione della medesima gara in favore della Igeco s.r.l. (cfr. determinazione 17 aprile 2003, n. 77/1);

c) dal provvedimento di mancata esclusione dell'a.t.i. capeggiata dalla ditta Sportella.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Puglia, Bari, sezione I, n. 3720 del 30 agosto 2005 -:

a) ha respinto due eccezioni preliminari sollevate dalla stazione appaltante e dalla ditta aggiudicataria (tali capi non sono stati impugnati);

b) ha respinto il ricorso incidentale proposto dalla ditta Igeco (anche tale capo non è stato gravato);

c) ha respinto tutti i motivi proposti dall'a.t.i. Nardoni;

d) assodata la legittimità dell'esclusione ha dichiarato inammissibili le censure formulate nei confronti dei successivi atti di gara;

e) ha compensato integralmente fra le parti le spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'a.t.i. Nardoni ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. n. 3720 del 2005 articolando quattro autonomi mezzi.

4. Si è costituito in giudizio il comune di Conversano insistendo per il rigetto integrale del ricorso.

5. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 28 febbraio 2012.

6. L'appello è infondato e deve essere respinto.

7. Preliminarmente il collegio rileva la tardività del deposito della

memoria di replica dell'appellante, effettuato in data 20 febbraio 2012, in violazione del termine perentorio dimezzato di dieci giorni sancito dal combinato disposto degli artt. 73, co. 1, e 119, co. 2, c.p.a.

8. Con i primi due mezzi di gravame (pagine 8 – 20), la ditta Nardoni ripropone le censure articolate in primo grado avverso il provvedimento di esclusione, introducendo anche doglianze nuove.

Considerato che il *thema decidendum* del presente giudizio è delimitato dalle censure sviluppate in prime cure, non potendosi tenere conto dei profili nuovi sollevati per la prima volta in sede di appello, in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 345 c.p.c. (applicabile *ratione temporis*, ora art. 104, co. 1, c.p.a.), per semplicità espositiva il collegio seguirà la tassonomia dei motivi formulati in primo grado (cfr. *ex plurimis* Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3764).

8.1. Le doglianze sviluppate in primo grado avverso il provvedimento di esclusione (pagine 4 - 10), possono essere così sintetizzate:

- a) sufficienza del possesso della certificazione di qualità in capo ad una sola delle ditte associate (nella specie la mandante ditta Del Prete);
- b) irrilevanza della mancata produzione per un mero disguido, da parte della ditta mandataria, della certificazione di qualità comunque posseduta;
- c) inesistenza di una clausola espressa di esclusione, nella legge di gara, per l'ipotesi di incompletezza, incapacienza o irregolarità della cauzione;
- d) omesso esercizio, da parte della stazione appaltante, del "potere di

soccorso” in funzione integrativa delle mere irregolarità riscontrate.

8.2. Tutti i sopra illustrati motivi sono infondati sulla scorta delle seguenti argomentazioni.

8.2.1. In fatto è sufficiente precisare che la prestazione della cauzione a corredo dell’offerta nella misura indicata era sanzionato espressamente con la esclusione dalla gara (cfr. punto 8 del bando e punto 5, sub lettera A, del disciplinare di gara).

8.2.2. In diritto si osserva quanto segue:

a) in base a un consolidato indirizzo giurisprudenziale (da cui il collegio non intende discostarsi), tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono a pubblici appalti (in veste di affidatari, sub affidatari, consorziati, componenti di a.t.i., ausiliari in sede di avvalimento), devono non solo essere in possesso dei requisiti generali e speciali richiesti dalla legge e dal bando, ma anche dichiararlo, assumendosi le relative responsabilità in caso di omissione (cfr. da Cons. St., ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4; ad.plen., 15 aprile 2010, n. 1, cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.);

b) premesso che nel caso di partecipazione alla gara di appalto di un costituendo r.t.i., la cauzione provvisoria deve essere inderogabilmente intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle singole mandanti (cfr. Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8), il beneficio della riduzione della cauzione provvisoria deve essere accordato esclusivamente nei casi in cui venga dimostrato il possesso della certificazione di qualità in capo a tutte le imprese associate, indipendentemente dalla tipologia di raggruppamento (cfr. Cons. St.,

sez. V, 12 maggio 2003, n. 2512);

c) anche secondo un diverso indirizzo, che pur distingue fra le varie tipologie di raggruppamenti, nel caso di partecipazione alla gara d'appalto di un'associazione temporanea di imprese, la riduzione del 50% della cauzione provvisoria è consentita:

I) nel caso di associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale, solo qualora tutte le imprese associate siano in possesso della certificazione di qualità, stante il regime di responsabilità solidale delle imprese stesse;

II) nel caso di associazione temporanea di imprese di tipo verticale - caratterizzata da una specializzazione diversificata delle associate e, quindi, da una divisione qualitativa del lavoro pro quota - soltanto se alcune delle imprese associate siano in possesso di certificazione di qualità (o comunque di tanto abbiano fornito la prova), in quanto in tale ipotesi la responsabilità correlata alle garanzie risulta ripartita *pro quota* fra tutte le imprese del raggruppamento;

d) le disposizioni normative che prevedono, a pena di esclusione, che l'offerta sia corredata dalla garanzia fideiussoria, si applicano a tutte le procedure concorsuali, indipendentemente da una espressa previsione in tal senso nel bando di gara, in quanto espressione di uno specifico interesse pubblico al corretto svolgimento della selezione dei contraenti; pertanto la mancanza di tale impegno determina la automatica esclusione dalla gara senza possibilità di chiedere integrazioni (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2011, n. 4122);

e) non sussistono i presupposti legittimanti l'esercizio del potere di soccorso, da parte della stazione appaltante, come individuati dalla prevalente giurisprudenza di questo Consiglio da cui la sezione non intende discostarsi: tale potere, infatti, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 46 cod. contr., che richiama gli articoli da 38 a 45, poteva riguardare soltanto i documenti attinenti ai requisiti di partecipazione e non anche quelli attinenti all'offerta, la cui integrazione avrebbe comportato un'alterazione della par condicio tra i concorrenti

9. Con il terzo mezzo (pagine 20 – 21 dell'atto di appello), si insiste nella tesi della sussistenza della legittimazione e dell'interesse strumentale dell'impresa esclusa ad impugnare gli atti della gara di appalto.

9.1. Il mezzo è infondato per tutte le ragioni espresse dall'adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenza 7 aprile 2011, n. 4, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co.1, 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.) e che il collegio condivide.

10. Con il quarto mezzo (pagine 21 – 22 dell'atto di appello), si reitera la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

10.1. La domanda è infondata attesa l'assodata legittimità dei provvedimenti impugnati.

11. In conclusione l'appello deve essere respinto.

12. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;
- b) condanna l'appellante a rifondere in favore dell'intimato comune le spese, le competenze e gli onorari di giudizio che liquida nella misura complessiva di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge (12,50% a titolo di spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2012

IL SEGRETARIO

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