

N. 02679/2017REG.PROV.COLL.

N. 04750/2013 REG.RIC.



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 4750 del 2013, proposto da:
Caruter s.r.l., in persona dell'amministratore e legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio eletto presso
lo studio Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

contro

Alia Servizi Ambientali s.p.a. (già Publiambiente s.p.a.), in persona del presidente
pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avvocato Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio
Emanuele II 18;

nei confronti di

Ati s.c.a.r.l. e Orizzonti s.coop. sociale onlus, in persona dei rispettivi presidenti dei
consigli d'amministrazione e legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese
dagli avvocati Stefano Viti, Giacomo Cresci e Enea Baronti, con domicilio eletto
presso lo studio del primo, in Roma, piazza della Libertà 20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA, SEZIONE I, n. 376/2013, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio raccolta differenziata porta a porta dei rifiuti urbani

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Alia - Servizi Ambientali s.p.a. (già Publiambiente s.p.a.) e della Ati s.c.a.r.l. e Orizzonti s.coop. sociale onlus;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 3236 del 28 agosto 2013;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Bonfiglio, Falorni e Cresci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Toscana la Caruter s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e assimilati secondo il metodo "porta a porta" nei Comuni di Cerreto Guidi, Larciano, Lamporecchio, Serravalle Pistoiese e Fucecchio, per la durata di quattro anni, indetta dalla dalla Publiambiente s.p.a. ed aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla Ati s.c.a.r.l. e dalla Orizzonti soc. cooperativa sociale onlus sulla base del maggior ribasso offerto sulla base d'asta di € 6.450.000 (nota di prot. n. 7687 del 17 maggio 2012).

2. La ricorrente, seconda classificata, sosteneva che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per avere prestato una cauzione provvisoria nelle forme di una polizza fideiussoria rilasciata alla sola mandataria Ati e non anche alla

mandante società cooperativa sociale Orizzonti, e per avere l'ente aggiudicatore ciò nondimeno consentito di sanare questa carenza mediante il potere di soccorso istruttorio.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito dichiarava inammissibile il ricorso della Caruter, in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale "escludente" delle cooperative facenti parte del raggruppamento temporaneo aggiudicatario. In particolare, era giudicata fondata la censura diretta a sostenere che la ricorrente principale avrebbe dovuto a sua volta essere esclusa dalla gara, perché priva del requisito di capacità tecnica consistente nell'avere prestato servizi di raccolta domiciliare analoghi a quelli oggetto di gara per almeno dodici mesi consecutivi nell'ultimo triennio per una popolazione non inferiore a 60.000 abitanti.

4. Per la riforma della pronuncia di primo grado ha proposto appello la Caruter.

5. Si sono costituite in resistenza la Alia Servizi Ambientali s.p.a., già Quadrifoglio s.p.a., incorporante l'originaria resistente Publiambiente s.p.a., e le società cooperative facenti parte del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario.

DIRITTO

1. Deve premettersi che in memoria conclusionale la Alia Servizi Ambientali ha rappresentato che il contratto è stato eseguito per intero ed ha dedotto in conseguenza di ciò che sarebbero venute meno *«le condizioni richieste dall'art. 122 del D.Lgs n. 104/2010 per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il subentro nel contratto medesimo»*. Nella medesima memoria la avente causa dell'originario ente aggiudicatore ha anche dato atto che nel presente giudizio la Caruter non ha proposto alcuna domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

2. In replica, quest'ultima ha tuttavia dichiarato di avere tuttora interesse ad una decisione nel merito dell'appello, ai fini della refusione delle spese di lite e «*in maniera ancora più determinante*» per la «*successiva introduzione dell'azione risarcitoria*».

3. Ciò precisato, la Sezione osserva che l'interesse risarcitorio manifestato dall'originaria ricorrente impedisce di dichiarare l'improcedibilità dell'appello (laddove – come pare - l'eccezione dell'ente aggiudicatore possa essere ricondotta a questa ipotesi) ed impone di esaminare nel merito l'impugnazione della Caruter. Va al riguardo precisato tuttavia che alla luce dell'interesse risarcitorio dichiarato da quest'ultima l'esame dell'appello è limitato ad un accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai sensi dell'art. 34, comma 3, del Codice del processo amministrativo.

4. Tutto ciò premesso, l'accertamento può essere limitato all'unico motivo di impugnazione della Caruter nei confronti dell'aggiudicazione della gara a favore del raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la Ati società cooperativa e diretto alla mancata esclusione di questo raggruppamento, malgrado la cauzione provvisoria e il correlato impegno del garante ex art. 75, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006 a rilasciare la cauzione definitiva sia stato reso solo nei confronti di quest'ultima, in qualità di mandataria, e non anche alla mandante Orizzonti società cooperativa sociale. L'appellante richiama al riguardo la pronuncia dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 4 ottobre 2005, n. 8, che ha invece stabilito che la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo.

5. La Caruter reputa inoltre illegittima la sanatoria di questa carenza consentita dalla stazione appaltante attraverso il potere di soccorso istruttorio.

A questo riguardo, nella propria memoria di replica l'originaria ricorrente ha evidenziato, a confutazione delle difese della Alia – Servizi Ambientali, che la possibilità di integrare l'importo garantito attraverso il soccorso istruttorio della

stazione appaltante, pur riconosciuto dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato *ex adverso* citata, si fonda sul fatto che il comma 1 dell'art. 75 sopra citato non commina alcuna esclusione per il caso di sua violazione. Tuttavia, – evidenzia la Caruter – a differenza dell'ipotesi concernente l'importo della cauzione provvisoria, il comma 8 del medesimo art. 75, relativo all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva all'«offerente» che risultasse aggiudicatario, prevede in modo espresso l'esclusione dalla gara.

6. Il motivo è infondato.

Diversamente da quanto deduce la Caruter, nell'ambito dell'orientamento giurisprudenziale formatosi con riguardo alla possibilità di regolarizzare la cauzione provvisoria questo Consiglio di Stato ha ritenuto che ciò sia consentito anche se tale garanzia non sia riferibile sul piano soggettivo alla mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese (in questo senso: Cons. Stato, III, 14 gennaio 2015, n. 57).

7. Le conclusioni cui è giunta la III Sezione di questo Consiglio di Stato nella sentenza ora richiamata, fondate sul principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006 (introdotto nel 2011, in epoca successiva alla citata pronuncia dell'Adunanza plenaria), sono condivise da questa Sezione.

Infatti, è pur vero, da un lato, che il comma 8 dell'art. 75 prevede in modo espresso l'esclusione dalla gara se la cauzione provvisoria non è corredata dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione per l'esecuzione del contratto «qualora l'offerente risultasse affidatario», mentre analogha comminatoria non è contenuta nel comma 1, relativa all'importo della prima cauzione.

8. Tuttavia, non è corretto fare discendere da ciò l'impossibilità nel primo di regolarizzare la medesima cauzione.

Infatti, come nel caso di insufficienza dell'importo, la mancata previsione nella cauzione provvisoria presentata in sede di gara dell'impegno a rilasciare la cauzione definitiva a tutte le partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese consiste in una mera incompletezza, che ben si presta ad essere regolarizzata con una successiva dichiarazione del garante, su richiesta della stazione appaltante di estensione soggettiva della garanzia in questione. In particolare, questa incompletezza emerge quando si accerti *a posteriori* che le imprese mandanti risultano meritevoli di credito (di firma) al pari della mandataria, attraverso l'intestazione anche a loro della cauzione provvisoria, al pari di quanto consentito per cauzioni provvisorie di importo insufficiente rispetto a quello minimo di legge ex art. 75, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006.

9. Sotto il profilo ora evidenziato la carenza ha dunque natura meramente formale, cui non corrisponde alcuna inaffidabilità sul piano sostanziale.

Infatti, alla luce delle considerazioni finora svolte l'esclusione immediata dalla gara, senza possibilità di sanatoria attraverso l'esercizio del potere di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici, si palesa come conseguenza sproporzionata rispetto agli interessi vantati dalla stazione appaltante circa l'affidabilità patrimoniale del proprio futuro affidatario.

10. Inoltre, diversamente da quanto sostiene la Caruter, una simile conseguenza non discende dal disciplinare della procedura di gara in contestazione. Infatti, nel richiedere di inserire nella documentazione amministrativa la cauzione provvisoria, l'espressa comminatoria di esclusione prevista a tale riguardo (punto 7 del titolo III) si riferisce all'ipotesi di mancata produzione *tout court* del documento contrattuale e non anche a carenze di quest'ultimo suscettibili di regolarizzazione.

11. Nel ricorso di primo grado ed anche nel presente appello la Caruter ha poi dedotto l'illegittimità della mancata esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario sotto un distinto profilo.

Esso consisterebbe nel fatto che l'estensione della polizza fideiussoria emessa in riscontro alla richiesta di regolarizzazione di quella originariamente prestata (*«atto di dichiarazione»* in data 12 aprile 2012 di Assicurazioni generali s.p.a.) non comprenderebbe l'impegno del garante ai sensi del comma 8 dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006 nei confronti di tutti i componenti del raggruppamento.

12. La censura si fonda su una non condivisibile lettura formalistica dell'*«atto di dichiarazione»* poc'anzi richiamato.

Dalla lettura del contenuto di tale dichiarazione si evince che l'estensione della garanzia originariamente rilasciata riguarda l'intero contenuto: *«l'intestatario della polizza deve intendersi l'Associazione Temporanea d'Imprese formata dalle Società "Ati Società Cooperativa", in qualità di capogruppo, e la Società "Orizzonti Società Cooperativa Sociale Onlus"»*. La Caruter valorizza in senso contrario la formula di stile *«fermo il resto»* posta a chiusura della dichiarazione, la quale non può essere interpretata come limitativa dell'impegno assunto dal fideiussore, ma deve invece ritenersi priva di reale contenuto negoziale e dunque inidonea a limitare gli impegni originariamente assunti dal medesimo garante.

13. L'infondatezza del motivo di impugnazione dell'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese tra le società cooperative Ati e Orizzonti, come finora accertata, rende superfluo l'esame del motivo d'appello della Caruter diretto a contestare l'accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado dalle controinteressate.

14. L'appello deve quindi essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Caruter s.r.l. a rifondere alle appellate Alia - Servizi Ambientali s.p.a., da una parte, e Ati s.c.a.r.l. e Orizzonti s.c. sociale onlus, dall'altra parte, le spese di causa, liquidate in favore di ciascuna in € 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini