

TAR Lazio, Sezione Quarta Ter, Sentenza n. 9499 del 14 maggio 2024

appalti integrato – RTI – Estromissione di una raggruppata – RTI ridotto a unico OE – Garanzia definitiva – Resta efficace

Pubblicato il 14/05/2024

N. 09499/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04454/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4454 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

nei confronti

(...) S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa adozione di misure cautelari,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di revoca di aggiudicazione del 27 marzo 2024, nonché di ogni altro atto connesso, conseguente e successivo, con declaratoria dell'inefficacia del contratto, se nelle more stipulato, e del diritto al subentro nel contratto della ricorrente, nei termini indicati in ricorso;

per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 23 aprile 2024,

- del provvedimento di incameramento della polizza fideiussoria comunicato in data 19 aprile 2024.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...) S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2024 il dott. Valerio Bello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visti gli artt. 60 e 120, comma 5 c.p.a.;

Rilevato:

che nella specie il presente giudizio può essere definito con decisione in forma semplificata, ai sensi del menzionato art. 60, comma 1, c.p.a., stante la completezza del contraddittorio e della documentazione di causa;

che sono state espletate le formalità previste dal citato art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con atto ritualmente notificato e tempestivamente depositato nei termini perentori di legge, la ricorrente, aggiudicataria, con provvedimento del 7 ottobre 2022, insieme con la (...) S.r.l. in costituendo RTI, del contratto per "l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di realizzazione di opere di mitigazione acustica lungo la linea ferroviaria esistente Genova – Pisa nel Comune

di La Spezia”, CIG (...), all’esito della procedura ristretta avviata dalla resistente (...) S.p.A. (d’ora in poi “(...)), ha impugnato il successivo provvedimento del 27 marzo 2024 di revoca dell’aggiudicazione disposta in suo favore, nonché, con motivi aggiunti, il consequenziale atto di incameramento della garanzia provvisoria, i cui effetti sono stati interinalmente sospesi con decreto presidenziale n. 1601 del 24 aprile 2024.

1.1. Il provvedimento impugnato col ricorso introduttivo si fonda sulla seguente motivazione in fatto e in diritto:

- l’aggiudicazione era stata originariamente disposta in favore del costituendo RTI composto dall’odierna ricorrente (mandante) e dall’impresa (...) S.r.l. (mandataria);
- successivamente, la (...) S.r.l. veniva attinta da un provvedimento prefettizio interdittivo antimafia che ne determinava l’esclusione dal raggruppamento;
- su richiesta della stazione appaltante, la (...) S.r.l. (d’ora in poi “(...))” confermava, a norma dell’art. 48, comma 17, d.lgs. n. 50/16 (*ratione temporis* applicabile), l’offerta tecnica ed economica presentata dal RTI e, dunque, la volontà di stipulare il contratto, senza possibilità di variazioni;
- conseguentemente, (...) richiedeva “un’appendice alla cauzione definitiva (...) attestante la variazione soggettiva del soggetto garantito”;
- comunicata alla stazione appaltante, dopo un’interlocuzione avvenuta con l’originario garante (...) S.p.a., “l’impossibilità per il sistema bancario di emettere un’appendice alla stessa”, ogni alternativa proposta da (...) veniva ritenuta inidonea, in quanto i diversi istituti assicurativi interpellati non soddisfacevano i requisiti fissati dal paragrafo F.2 del Disciplinare di gara;
- decorso anche l’ultimo termine concesso per la regolarizzazione della posizione di (...), la stazione appaltante riscontrava la sussistenza dei presupposti per l’esercizio del potere di revoca *ex art. 21 quinquies*, l. n. 241/90 per non avere l’odierna ricorrente “prodotto nei termini previsti dalla *lex specialis* idonea garanzia definitiva, condizione necessaria ai fini della stipula del contratto”.

2. Ad avviso della ricorrente, la revoca dell'aggiudicazione sarebbe illegittima in quanto:

2.1. la fideiussione bancaria prodotta, emessa in favore di entrambi i soggetti facenti parte dell'originario RTI, sarebbe tutt'ora valida ed efficace; (...) avrebbe tentato di reperire una nuova copertura assicurativa soltanto per evitare la revoca dell'aggiudicazione, venendo incontro a richieste di (...), da ritenersi illegittime in quanto non rivenienti alcun fondamento nella *lex specialis* di gara;

2.2. la stazione appaltante avrebbe disposto la revoca a norma dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/90 senza accertare la ricorrenza di tutti i presupposti ivi previsti.

3. Si è costituita in giudizio (...), contestando le ragioni della ricorrente e concludendo per il rigetto del gravame.

4. Alla camera di consiglio del 7 maggio 2024, dato avviso alle parti dell'eventualità della definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata a norma degli artt. 60 e 120, comma 5, c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Ritiene il Collegio, compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa e ricorrendo i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata.

6. Ciò posto, il ricorso è fondato per le ragioni che seguono.

6.1. Benché risulti condivisibile l'affermazione di parte resistente secondo la quale, vertendosi in materia di appalti nei settori speciali (nella specie, di trasporto ferroviario), non trovano applicazione diretta le disposizioni in tema di prestazione della garanzia provvisoria e definitiva (artt. 93 e 103, d.lgs. n. 50/16), dovendosi fare riferimento esclusivamente alle previsioni della *lex specialis*, nel caso di specie non sono in discussione gli aspetti contenutistici della fideiussione prestata da (...) S.p.a. (profili di cui si occupano le disposizioni menzionate), da ritenersi pienamente conforme sia al modello legale che alle clausole del Disciplinare di gara, sul piano, essenzialmente, dell'importo della garanzia, delle eccezioni opponibili dal garante nei confronti del creditore e dei termini e modalità di

escussione della fideiussione in caso di inadempimento del garantito, corrispondenti al paradigma del contratto autonomo di garanzia.

6.2. La questione controversa, dunque, è quella della perdurante efficacia della garanzia, in assenza tanto di una previsione normativa, quanto di una clausola della *lex specialis* che regoli tale fattispecie, a seguito del mutamento soggettivo intervenuto, che ha determinato la riduzione dell'originario RTI ad un unico operatore economico. Va osservato che la giurisprudenza ha affermato come le imprese partecipanti al raggruppamento temporaneo non sono tenute a presentare ciascuna una referenza bancaria, atteso che il raggruppamento si configura come unitario operatore economico (cfr. Cons. St., sez. V, 29 settembre 2021, n. 6542). Da tale asserzione non può evincersi, tuttavia, una regola generale per cui le garanzie bancarie sono in ogni caso riferibili al RTI come tale e non alle imprese partecipanti, giacché in quel caso (che peraltro non concerneva l'assunzione di un'obbligazione fideiussoria in senso tecnico) ciò che veniva in rilievo era la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria necessari ai fini della partecipazione alla gara. Ad avviso del Collegio, in tema di prestazione della garanzia definitiva, che si pone sul diverso piano delle tutele offerte alla stazione appaltante connesse alla corretta esecuzione del contratto, vale la regola opposta. In particolare, è necessario richiamare il disposto dell'art. 48, comma 5, d.lgs. n. 50/16, a mente del quale: "L'offerta degli operatori economici raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante", espressione del diverso principio per cui ciascun partecipante al RTI è tenuto all'esecuzione, per quanto di competenza, delle prestazioni oggetto del contratto, ferma la responsabilità solidale pur in presenza di un'obbligazione parziaria. A conferma di ciò, il medesimo art. 48, al comma 19, ammette la possibilità che, per effetto del recesso di una o più imprese raggruppate, "il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto", come, del resto, avvenuto nel caso di specie, con l'assenso della stazione appaltante.

6.3. Ciò posto, la pretesa di (...) di emissione di una nuova fideiussione in favore della sola (...) si palesa illegittima in quanto, esaurito in senso positivo il controllo sul possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'operatore economico rimasto in gara e venuta meno, in tale fase, la regola dell'unicità del raggruppamento, valevole ai limitati fini di cui si è detto, che il codice dei contratti pubblici configura, invece, come mutevole nella sua composizione soggettiva proprio perché ciascun partecipante conserva la propria individualità (tanto che i rapporti tra i partecipanti al RTI vengono ricondotti allo schema giuridico della rappresentanza, che implica una scissione soggettiva tra gli stessi), l'idoneità della garanzia definitiva, quale condizione essenziale per pervenire alla stipulazione del contratto, deve essere vagliata alla stregua delle disposizioni e dei principi del codice civile in materia di obbligazioni assunte da una pluralità di condebitori in solido tra loro.

6.4. In altri termini, ritiene il Collegio che la garanzia prestata da (...) S.p.a. (indipendentemente dalla prefigurazione di possibili, future, eccezioni, che potrebbero essere sollevate dall'istituto bancario in conseguenza della vicenda di cui si discute, che non possono come tali sorreggere la revoca dell'aggiudicazione) sia tutt'ora valida ed efficace, anche con esclusivo riguardo alle obbligazioni che la sola (...) assumerebbe per effetto della stipulazione del contratto. Se il raggruppamento temporaneo di imprese, infatti, non istituzionalizza un soggetto diverso dalle singole imprese che aggregano le proprie potenzialità economiche, con capacità di rappresentanza degli interessi del gruppo a mezzo di organi all'uopo costituiti (*ex multis*, di recente, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 17 luglio 2023, n. 2218), è evidente che (in assenza di clausole contrarie contenute nel negozio fideiussorio) l'istituto bancario si è impegnato, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantendo l'obbligazione (divisibile) assunta, in solido tra loro (come previsto dall'art. 48, comma 5, d.lgs. n. 50/16, in deroga all'art. 1314 c.c.) da entrambi i partecipanti all'originario RTI, senza alcuna

distinzione *pro quota* e, dunque, per l'intero, per l'assorbente ragione che la prestazione oggetto dell'obbligazione è riferibile, sin dall'origine, ai partecipanti e non al RTI come tale.

6.5. La prestazione di una fideiussione, anche nella sua configurazione atipica come contratto autonomo di garanzia, costituisce un rapporto obbligatorio a struttura bilaterale tra fideiussore e creditore ed è, dunque, insensibile alle vicende che coinvolgono i condebitori solidali garantiti sia nei rapporti interni tra garante e debitori, sia nei rapporti tra questi ultimi e il creditore. Ne deriva che, ove, in caso di inadempimento, la banca (che non risulta aver revocato l'impegno unilateralmente assunto) abbia a dolersi della vicenda di cui è causa, come ragionevolmente prospettabile sul piano dell'esercizio del diritto di regresso nei confronti del debitore garantito, ciò avrebbe rilevanza esclusivamente nel rapporto interno tra garante e debitore, mentre l'eventuale azione promossa dalla stazione appaltante resterebbe impregiudicata, così come la rinuncia alle eccezioni opponibili, come tipicamente accade in caso di garanzia a prima richiesta.

6.6. In definitiva, in assenza di una disposizione di legge o della *lex specialis* che imponga una revisione delle condizioni della garanzia fideiussoria e di un apprezzabile pregiudizio per la stazione appaltante, che non trova alcun fondamento giuridico per le ragioni anzidette, la revoca dell'aggiudicazione resta sprovvista di adeguati presupposti e, pertanto, è da considerarsi illegittima.

7. Conseguentemente, il ricorso deve essere accolto, così come i motivi aggiunti, aventi ad oggetto l'atto di escussione della garanzia provvisoria quale determinazione consequenziale alla revoca dell'aggiudicazione e articolati dalla ricorrente in termini di illegittimità derivata, con salvezza delle ulteriori determinazioni della stazione appaltante.

8. Tenuto conto della complessità delle questioni sollevate dalle parti, le spese di lite possono essere compensate, con contributo unificato a carico di (...), parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate; contributo unificato a carico della parte resistente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente

Valerio Bello, Referendario, Estensore

Monica Gallo, Referendario

L'ESTENSORE

Valerio Bello

IL PRESIDENTE

Rita Tricarico

IL SEGRETARIO