

Attenzione a come vengono imposte, dalla lex specialis di gara, le modalità di presentazione della cauzione provvisoria in caso di Ati: la previsione della lex specialis che ammette la costituzione della polizza da parte della sola mandataria non può essere considerata illegittima sulla base del principio espresso dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 8/2005 (in base al quale negli appalti di lavori la polizza fideiussoria deve essere intestata anche alle mandanti). **I PRINCIPI ESPRESSI IN QUESTA DECISIONE POTEVANO VALERE PRIMA DELL'OBBLIGO DI CUI ALL'ARTICOLO 75 DEL CODICE DEI CONTRATTI**

E' oggetto di appello la sentenza con la quale i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dal raggruppamento appellato avverso il provvedimento che ne ha disposto l'esclusione dalla procedura in ragione dell'omessa sottoscrizione della cauzione provvisoria da parte di tutte le imprese facenti parte dell'associazione temporanea: qual è il parere del Consiglio di Stato?

L'appello è infondato. La Sezione conviene con il primo giudice che assume rilievo dirimente, nel caso di specie, la non equivoca prescrizione recata, con riguardo alla polizza cauzionale, dall'art. 34, punto i), del capitolato speciale, secondo cui "in caso di Raggruppamenti di prestatori di servizio la cauzione provvisoria dovrà essere prestata dall'impresa designata quale capogruppo"._Trattasi di una previsione chiara, non suscettibile di interpretazioni plurivoche, che ha ingenerato nel raggruppamento che ha proposto il ricorso in primo grado l'affidamento in ordine alla possibilità che la cauzione provvisoria fosse costituita dalla sola capogruppo. Se a tale elemento si aggiunge il pacifico principio pretorio che esclude la disapplicabilità, da parte della stazione appaltante, delle regole stabilite in seno alla lex specialis, si deve concludere per l'illegittimità dell'esclusione comminata in sede di gara in ragione dell'omessa prestazione della cauzione da parte di tutti i soggetti componenti il raggruppamento, essendo per converso praticabile la via della regolarizzazione di una lacuna indotta dagli stessi atti dell'amministrazione.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 1470 del 12 marzo 2009, emessa dal Consiglio di Stato, con l'avvertenza però che, allo stato attuale, in vigore dell'articolo 75 del codice dei contratti, esiste l'obbligo per la pa di richiedere la cauzione provvisoria, per tutti gli appalti (di lavori, servizi e forniture):

< Nella specie il Consiglio ha rimarcato che "nel caso oggetto del presente giudizio viene, in considerazione un appalto (non di lavori ma) di servizi, il che implica che la stazione appaltante avesse la mera facoltà e non l'obbligo di chiedere ai concorrenti la presentazione di una cauzione provvisoria a corredo dell'offerta.

Se, dunque, in materia di appalti di servizi è certamente consentito (a differenza che negli appalti di lavori) alla stazione appaltante di non richiedere alcuna cauzione provvisoria ai concorrenti, deve ritenersi consentita, a fortiori, la richiesta di una cauzione provvisoria alla sola mandataria di un R.T.I." 3. L'appello deve in definitiva essere respinto.>

Questa decisione merita una piccola precisazione

Sebbene nemmeno dalla sentenza di primo grado si capisca la data del bando, vista la fattispecie discussa, si può presumere che l'appalto non sia stato affidato sotto codice dei contratti.

Questo cosa significa?

Significa che la motivazione del Consiglio di Stato ora non sarebbe più possibile: ricordiamo infatti che vige:

L'obbligo di richiedere la cauzione provvisoria, per tutte e tre le tipologie di appalti, e per qualsiasi valore dello stesso a norma dell'articolo 75 del codice dei contratti

L'obbligo di richiedere la fideiussione definitiva per tutte e tre le tipologie di appalti, e per qualsiasi valore dello stesso a norma dell'articolo 113 del codice dei contratti

Di conseguenza, la Stazione appaltante, in una fattispecie simile alla presente:

sarebbe obbligata ad escludere l'Ati la cui cauzione provvisoria sia intestata alla sola capogruppo (e non anche con riferimento alle altre componenti)

unica certezza: non c'è bisogno della sottoscrizione di tutte le partecipanti l'Ati, ma solo della capogruppo.

SI LEGGA ANCHE

In caso di Ati, la cauzione provvisoria deve essere intestata sia alla capogruppo che alle mandanti senza necessità di sottoscrizione da parte di tutti i componenti del raggruppamento

Così in Tar Calabria, Catanzaro, sentenza numero 971 del 7 agosto 2006

<RILEVATO che in ordine alla mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte di tutti i componenti del raggruppamento, va rilevato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 8 del 4 ottobre 2005 ha posto fine ad una annosa questione, stabilendo che "Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti. Diversamente opinando, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, per tutte le volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti" e nel caso in esame la polizza è stata intestata sia alla capogruppo che alla mandante, sicchè la doglianza è proprio destituita di ogni fondamento>

§§§§§§§§§§§§§§§§

In caso di Ati, la fideiussione provvisoria deve essere intestata a tutte le partecipanti

La polizza fideiussoria, tramite la quale viene prestata la cauzione provvisoria da parte di una costituenda associazione temporanea di imprese, deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capo gruppo mandataria; pertanto il fideiussore è tenuta a richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate, e deve dichiarare

altresì di garantire con la cauzione provvisoria non solo la sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

La recente giurisprudenza ha affermato il principio che nel caso di partecipazione ad una gara di una costituenda associazione temporanea di imprese, ciascuna delle imprese firmatarie dell'offerta congiunta, mantenendo la propria autonomia, resta pienamente ed autonomamente legittimata ad impugnare singulatim gli atti di gara, fermo restando che l'eventuale accoglimento del ricorso proposto da una sola impresa gioverà anche alle altre., atteso che la mancata impugnativa degli atti di gara da parte delle altre imprese partecipanti all'ati costituenda non comporta ex se lo scioglimento automatico del sottostante rapporto giuridico di mandato

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 2394 del 21 marzo 2007, in tema di ammissibilità dell'appello proposto anche da una singola partecipante all' Ati, ci insegna che:

<una simile conclusione a maggior ragione vale per il caso in esame di proposizione del ricorso incidentale da parte solamente dell'impresa mandataria del raggruppamento aggiudicatario, in quanto è incontestabile la sussistenza tra quest'ultima e le altre componenti dell'ati di un rapporto giuridico di mandato, formalizzatosi dopo l'aggiudicazione>

in tema di persona obbligata a rilasciare le dichiarazioni di cui all'articolo 75 del dpr 554/99 merita segnalare che:

<le dichiarazioni di cui al richiamato art.75 non dovevano essere tutte prestate sia dal titolare dell'impresa che dal responsabile tecnico, stante che quest'ultimo era tenuto a rendere unicamente le dichiarazioni aventi ad oggetto dati riferibili alla sua persona, vale a dire quelli indicati nei punti b) e c) della menzionata disposizione>

in tema di discrezionalità della pa a richiedere ulteriori adempimenti oltre a quelli richiesti dalla Legge, l'adito giudice romano, afferma che:

<la p.a nella predisposizione del bando esercita un potere attinente al merito amministrativo laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale, solo allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità o per incongruenza rispetto al fine pubblico della gara>

relativamente alla (presunta) responsabilità della pa, proponiamo il seguente passaggio:

<Da rigettare è, invece, la richiesta di condanna della resistente amministrazione comunale al risarcimento del danno per equivalente, atteso che nella fattispecie in esame non è dato individuare la sussistenza dell'elemento soggettivo costituito dalla colpa dell'amministrazione.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza consolidata (, nessun comportamento negligente può essere ascritto all'amministrazione in sede di adozione di un atto illegittimo allorché la stessa è incorsa in un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Ora è indiscutibile che all'epoca dei fatti di cui in controversia (secondo semestre 2003) la problematica concernente l'intestazione della polizza fideiussoria in caso di costituendo raggruppamento di imprese non poteva in alcun modo ritenersi pacifica, tant'è che è dovuta intervenire due anni dopo l'Adunanza

analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. F e dell'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, nella misura del 10% della somma corrispondente all'offerta economica praticata in sede di gara dallo stesso concorrente.

La stessa giurisprudenza ha, però, precisato che la determinazione dell'utile di impresa nella misura del 10%, può aversi solo qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi.

Laddove tale prova non sia stata fornita, può ritenersi ragionevolmente che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi servizi, riducendo, così la propria perdita di utilità

Poiché parte ricorrente non ha fornito alcuna prova in ordine all'effettiva immobilizzazione delle risorse umane e materiali, il mancato utile dell'impresa può essere determinato, in via equitativa, nella misura del 5%>

§§§§§§§§§§

Quale soggetto e quale obbligazione devono essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria in caso di Ati?

Il fidejussore deve 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: tali considerazioni sono confermate dal d.lgs.vo 12.4.2006, n. 163 ed in particolare dagli artt. 37, comma 8 (che ha regolato la presentazione dell'offerta congiunta di una costituenda ATI), e dall'art. 48 (che ha altresì previsto con le medesime modalità della richiamata precedente normativa l'incameramento della cauzione).

Appare molto interessante riportare il pensiero espresso dal Tar Sicilia, Catania che con la sentenza numero 1354 del 14 agosto 2007 ci insegna in che modo debba essere intestata la cauzione provvisoria in caso di Ati:

prima di tutto ci viene segnalata la natura della cauzione provvisoria

<la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive.>

Detto questo, dobbiamo soffermarci sul rischio della cauzione provvisoria:

<la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

Nell'uno e nell'altro caso, in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata.

Garantite sono tutte le imprese associate, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione.>

Ma attenzione, non è finita qui

<Il fidejussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento propedeutico delle offerenti – mandanti e cioè deve garantire l'Amministrazione anche nel caso in cui, per fatto imputabile a tutti, o anche soltanto a taluno degli offerenti, il mandato non venga rilasciato e, di conseguenza, non emerga un mandatario comune e, quindi, il contratto non possa essere stipulato.

Le obbligazioni, ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, quanto alle ATI costituenti sono dunque quella finale della capogruppo (la sottoscrizione del contratto) e quella propedeutica delle mandanti di conferire il mandato>

Un attimo di riflessione quindi sul fatto che:

<Quanto agli ulteriori impegni, oggetto della cauzione provvisoria, è stato osservato in giurisprudenza che essa svolge 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 (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4789).

Va richiamato a quest'ultimo riguardo l'art. 10 comma 1 quater della legge n.109/94 e successive modificazioni, che prevede, tra l'altro, la escussione della cauzione, nella ipotesi in cui, in sede di verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante, l'impresa concorrente non provi ovvero non confermi le dichiarazioni contenute, in ordine ai detti requisiti, nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

Analoga garanzia è usualmente prevista anche nei cosiddetti “patti di integrità” in cui le parti si impegnano a tenere comportamenti anti-corruzione nonché a non creare, direttamente o indirettamente, ovvero a tollerare accordi che possano falsare la regolarità della aggiudicazione della gara e/o influire sulla corretta esecuzione dell'appalto>

In conclusione quindi:

<E' evidente che anche sotto questi profili (non strettamente collegati alla sottoscrizione del contratto), soprattutto nel caso di ATI costituenti, la garanzia debba 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>

§§§§§§§§§§§§

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere, necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti: diversamente opinando, verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante per tutti i casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

In tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria in caso di ati, merita sottolineare quanto sancito dal Tar Lombardia, Milano, con la sentenza numero 1876 del 20 aprile 2007:

<In proposito il collegio ritiene, infatti, di aderire all'opinione manifestata dal Supremo Consesso amministrativo con la decisione n. 8 del 4 ottobre 2005, resa in adunanza plenaria, alla cui motivazione si riporta integralmente e secondo la quale, in definitiva, nel caso in cui una costituenda riunione temporanea di imprese venga a costituire con la fideiussione la cauzione provvisoria, il soggetto garantito non è l'associazione temporanea di impresa (a.t.i.) nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite, invece, sono tutte le imprese associate che, durante la gara, operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo all'impresa designata capogruppo che stipulerà il contratto con l'amministrazione.>

ma vi è di più

< Il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), deve 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, pena l'esclusione dal procedimento>

quindi

<Nella fattispecie all'esame, dunque è illegittima l'ammissione dell'A.T.I. ricorrente, avendo la stessa presentato come cauzione provvisoria una fideiussione bancaria rilasciata esclusivamente a garanzia delle obbligazioni di un'impresa all'epoca sprovvista dei poteri rappresentativi dell'altra partecipante r.l. perché l'A.T.I. non si era ancora costituita, fideiussione nella quale, oltretutto, non si rinveniva alcun riferimento nemmeno all'A.T.I. costituenda>

§§§§§§§§§§§§

Se un bando stabilisce che: “nel caso in cui le offerte dovessero risultare incomplete, irregolari o condizionate in qualsiasi modo, nonché le offerte per le quali manchi o risulti incompleta od irregolare

la documentazione di cui ai punti da 2) a 4), verrà concesso alle ditte offerenti un tempo non superiore a 5 giorni lavorativi dalla data di comunicazione per la presentazione della documentazione richiesta”, può essere sanata ex post una cauzione provvisoria intestata alla sola capogruppo? una tale clausola di “sanatoria Generale” può essere considerata illegittima?

Al di là delle imprecisioni grammaticali, il testo è chiarissimo nell'ammettere la “sanatoria” di ogni irregolarità delle offerte, sia che i vizi colpiscano la loro formulazione, sia la documentazione richiesta a corredo, in specie per quanto concerne i documenti di cui ai punti da 2) a 4). Il punto 2. del n. 3), lo si è già precisato, riguarda, per l'appunto, la “garanzia provvisoria”. _Come correttamente osserva l'Amministrazione, nessuna violazione della par condicio può essere ravvisata nella clausola, dato che la regola vale indistintamente per tutti i concorrenti e la stessa ricorrente istante se ne sarebbe potuta avvalere, laddove avesse commesso un errore._E' ben vero che la fidejussione presentata dalla controinteressata era così gravemente viziata da giustificarne - di regola - l'esclusione; ed è altrettanto vero che la giurisprudenza è del tutto consolidata nel senso di escludere la possibilità di supplire, con richiesta postuma di integrazione documentale, ad inosservanze procedurali o omessa produzione di documenti richiesti dal bando a pena di esclusione; tuttavia, nel caso di specie, è proprio il bando di gara ad aver previsto - con apposita clausola (va ribadito, prevista ex ante e valevole per tutti, cosicché non è possibile lamentare la violazione del principio della par condicio) - che ogni tipo di irregolarità o manchevolezza poteva essere sanato ex post su richiesta della Stazione Appaltante ed entro il breve termine di cinque giorni._ Ad abundantiam, va ricordato che, per giurisprudenza assolutamente pacifica, le norme del bando di gara obbligano sia le parti che la Stazione Appaltante, che non se ne può discostare, né le può disapplicare._ La clausola, in definitiva, per quanto di inusitata (e certo inopportuna) ampiezza, non pare tuttavia illegittima, o almeno non per le ragioni indicate dalla ricorrente, posto che non limita la concorrenza (anzi, va nel senso del favor participationis), né la par condicio dei concorrenti, che potevano tutti giovare per rimediare ad eventuali errori commessi, né viola in maniera evidente alcun principio generale (pur dovendosi rettificare l'affermazione dell'A.S.S., secondo cui l'Amministrazione avrebbe discrezionalità assoluta nel porre clausole, se la legge non lo vieta: in realtà solo il privato - nell'ambito della sua autonomia contrattuale - può fare tutto ciò che la legge non gli vieta, laddove la P.A. può fare solo ciò che la legge le consente. E, ad avviso del Collegio, la legge le consente - nel rispetto della par condicio - di ammettere a regolarizzazione anche documenti che comporterebbero - nel silenzio del bando - l'esclusione).

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 391 del 30 giugno 2008 emessa dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

< La ricorrente afferma che, comunque, la disposizione è illegittima (e infatti che la impugna espressamente, ancorché in subordine).

L'illegittimità deriverebbe dalla violazione dell'art. 46 del D.Lg. 163/06, il quale bensì ammette le integrazioni successive di documenti irregolari, ma unicamente nei limiti ivi previsti, e cioè col solo riferimento ai documenti di cui agli articoli da 38 a 45.

Poiché l'art. 46 non richiama anche l'art. 75 (che disciplina la cauzione) deve concludersi che i vizi della stessa non sono in alcun modo sanabili ex post.

La questione, ad avviso del Collegio è mal posta.

Invero, nella specie, l'A.S.S. n. 1 non ha evidentemente inteso applicare l'art. 46, che ha portata ben più limitata e non ha bisogno di essere espressamente richiamato per trovare applicazione, trattandosi di

principio generale, ma ha posto - nell'ambito della discrezionalità di cui è titolare - una clausola aggiuntiva per così dire di "sanatoria generale".

La giurisprudenza, sulle clausole aggiuntive, si è espressa poche volte, ma in modo chiaro: le clausole del bando preter legem sono ammissibili, purchè non limitino la concorrenza (Tar Palermo n. 3494/07 che richiama C.S., sez. VI, n. 2281/04), e non ledano la par condicio; e la P.A. è in ogni caso legittimata a porre criteri e requisiti più severi di quelli normativamente fissati (C.S. IV n. 5377/06).

Nel caso di specie, invece, l'Amministrazione ha previsto una clausola di sanatoria generale, per certo meno severa di quella posta dalla legge.

Secondo la prospettazione della ricorrente, ciò sarebbe in contrasto con il ricordato art. 46, che recita, con indicazione tassativa: "nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

Orbene, a prescindere dai possibili dubbi sull'interesse della ricorrente a impugnare questa prescrizione, posta in favore - e non a danno - di tutti indistintamente i partecipanti, è agevole obiettare che la clausola di cui si controverte ha tutt'altro oggetto, in quanto non solo consente di completare e chiarire i documenti atti a dimostrare il possesso dei necessari requisiti di partecipazione (come prevede l'art. 46), ma anche di sanare tutti i documenti "incompleti o irregolari" ovvero di portare per la prima volta al procedimento documenti del tutto omessi. Proprio la circostanza che l'art. 46 non si riferisca alla cauzione, comporta che la clausola in discussione - anche fosse illegittima - non lo sarebbe per le ragioni indicate dalla ricorrente (e cioè per violazione di tale articolo, che della cauzione, per l'appunto, non si occupa), quanto - se del caso - dell'art. 75 medesimo (cfr. Tar Campania Napoli n. 1379/08 secondo cui "l'ambito applicativo dell'art. 46 del D.Lg. n. 163/06 si riferisce al completamento ed al chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati dai concorrenti per dimostrare il possesso dei requisiti e non è estendibile ad altri atti richiesti per la partecipazione alla gara, comportanti un impegno negoziale", quale la cauzione).>

Si legga anche:

Il rispetto del principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche deve necessariamente coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante

L'interesse pubblico sotteso al rispetto del principio della concorrenza e della massima partecipazione alle gare pubbliche, funzionale alla migliore selezione dell'aggiudicatario, deve necessariamente coordinarsi con la tutela delle specifiche esigenze della stazione appaltante, anche di quelle connesse alle modalità di svolgimento dei controlli e delle risorse finanziarie a disposizione e alla necessità di ottimizzare le risorse personali a disposizione: è quindi legittima una clausola territoriale che limita la partecipazione alla gara a ditte con sede operativa centrale o distaccata ubicata in alcune regioni:

Merita di essere segnalata la decisione numero 5377 del 15 settembre 2006 emessa dal Consiglio di Stato in tema di discrezionalità della pa nella scelta dei requisiti da richiedere nei bandi in particolare sulla legittimità o meno di una clausola territoriale che limita la partecipazione alla gara a ditte con sede operativa centrale o distaccata ubicata in alcune regioni:

< In materia di requisiti di ammissione alle gare di appalto della Pubblica amministrazione, difatti, le norme regolatrici, sia comunitarie che interne, prevedono fattispecie elastiche, strutturate su concetti non tassativi, ma indeterminati, che implicano, per la loro definizione da parte dell'interprete, un rinvio alla realtà sociale, con la conseguenza che in sede di bando di gara l'Amministrazione appaltante ben può autolimitare il proprio potere discrezionale di apprezzamento mediante apposite clausole, rientrando nella sua discrezionalità la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara

d'appalto diversi, ulteriori e più restrittivi di quelli legali, salvo il limite della logicità e ragionevolezza dei requisiti richiesti, e della loro pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito.

A tale astratta previsione si conforma, ad avviso del TAR, la contestata clausola territoriale, la quale è legata ad esigenze prettamente organizzative della stazione appaltante, connesse alla possibilità di poter operare un controllo delle operazioni con le economie di personale, essendo evidente che la dislocazione delle sedi operative delle imprese partecipanti – e quindi della futura aggiudicataria della gara – in un determinato ambito territoriale incide inevitabilmente, oltre che sulle modalità e sui tempi di trasporto dei mezzi da riparare da e per la sede operativa, sulle modalità di effettuazione dei controlli da parte della stazione appaltante, con ricaduta sulla loro celerità, sui loro costi e sul tempo che il personale chiamato alla loro effettuazione dovrà ad essi dedicare.

In tale contesto, la clausola in parola non sarebbe né illogica né irragionevole e non si porrebbe in contrasto con nessuno dei principi invocati dall'appellante, derivanti dalla normativa nazionale o comunitaria>

Ma non solo. Il Supremo giudice amministrativo va più in là nel sancire che:

< la contestata riserva della partecipazione alla gara ad imprese aventi sede operativa in un determinato ambito territoriale, non si traduce in una illegittima discriminazione tra le imprese, ben potendo le stesse utilizzare, in mancanza di sede operativa nell'ambito territoriale indicato, soluzioni alternative quali il ricorso al sistema del raggruppamento o del contratto d'affitto di ramo d'azienda o al comodato.>

Da ultimo

L'importo della cauzione provvisoria deve essere rapportato all'importo di gara (e quindi uguale per tutti) oppure all'importo offerto?

l'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006 prevede espressamente che la cauzione a corredo dell'offerta deve essere rapportata al “prezzo base indicato nel bando”;_ è da considerare che, accedendo alla tesi della ricorrente, l'ammontare della cauzione provvisoria rivelerebbe il contenuto dell'offerta in una fase in cui quest'ultima deve ancora rimanere segreta

merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 1379 del 18 marzo 2008 emessa dal Tar Campania, Napoli

< l'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006 prevede espressamente che la cauzione a corredo dell'offerta deve essere rapportata al “prezzo base indicato nel bando”;

- il disciplinare, che peraltro richiama la suddetta disposizione di legge, non può che essere interpretato in senso coerente con tale norma vincolante;

- il canone ermeneutico tendente a favorire l'ampliamento della platea di concorrenti ad una procedura concorsuale, è destinato a risolvere i casi in cui l'interpretazione della normativa di gara presenti dubbi o equivoci, ma non può comportare la disapplicazione di una prescrizione chiara e vincolante;

- inoltre è da considerare che, accedendo alla tesi della ricorrente, l'ammontare della cauzione provvisoria rivelerebbe il contenuto dell'offerta in una fase in cui quest'ultima deve ancora rimanere segreta;

- la presentazione di una cauzione provvisoria è richiesta come presupposto indefettibile per l'ammissione in gara e la prestazione di una garanzia in misura insufficiente implica l'esclusione, senza la possibilità di integrazione postuma (

- l'ambito applicativo dell'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006 si riferisce al completamento ed al chiarimento del contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati dai concorrenti per dimostrare il possesso dei requisiti e non è estendibile ad altri atti richiesti per la partecipazione alla gara, comportanti un impegno negoziale;>

Si legga anche:

La sostituzione della cauzione attiene alle modalità dell'offerta, pertanto non sanabili ex post

Confermata l'esclusione di una ditta per errato importo della cauzione provvisoria (importo di L. 23.710.165 anziché per l'importo di L.24.599.991)

Cauzione provvisoria – importo sbagliato della garanzia – non mero errore materiale – trattandosi di modalità dell'offerta e non di dimostrazione di possesso dei requisiti specifici - legittima l'esclusione - non dovuta la richiesta di chiarimenti o di integrazioni documentali da parte del rup – applicabili norme specifiche dei procedimenti di gara - connotati da termini perentori e retti dal principio della par condicio – non applicabili quindi le norme di diritto comune sui procedimenti amministrativi

Il Tar per il Veneto, Sezione di Venezia, con la sentenza numero 6191 del 7 novembre 2002, conferma l'operato di una stazione appaltante per l'esclusione di una ditta partecipante la cui cauzione provvisoria non corrisponda, per quanto riguarda l'importo di garanzia, a quanto richiesto nel bando (e corrispondente ai dettami della Legge merloni)

A nulla sono valse, secondo l'adito giudice amministrativo, le doglianze della ditta ricorrente basandosi sul presupposto del mero errore materiale di calcolo (costituito dall'aver rapportato la cauzione al solo importo dei lavori a misura e non anche all'importo dei lavori a corpo (L. 48.157.600), sviata dal fatto che i due importi, la cui somma costituisce l'importo complessivo dell'appalto, erano indicati in pagine differenti del bando di gara) in quanto l'avviso di gara indicava le modalità di presentazione dell'offerta: il punto f) dell'art. 11 in particolare richiedeva ai concorrenti di produrre una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo complessivo dell'appalto, costituita esclusivamente in numerario, titoli di Stato garantiti dallo Stato, fideiussione bancaria o polizza assicurativa fideiussoria”; al successivo art. 12 il bando specificava che “si farà luogo all'esclusione dalla gara di tutti i concorrenti che non abbiano fatto pervenire il contenitore di cui al punto 12, ovvero per i quali manchi o sia incompleta o irregolare la documentazione richiesta”.

In conclusione i giudici veneti ritengono che “la facoltà di richiedere il completamento dei certificati, documenti e dichiarazioni presentate è consentita soltanto nei limiti segnati dalle previsioni in subiecta materia (art. 15 d. lgs. 358/92; art. 16 d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157; art. 28 dir. 93/37/CEE del 14 giugno 1993), e, dunque, come rilevato dall'amministrazione resistente nelle sue difese, con esclusivo riferimento alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica: tale potere dovere, pertanto, non può essere legittimamente esercitato con riferimento a dichiarazioni richieste ad altri fini.

La sostituzione della cauzione appare, per certo, estranea a tale ambito, attenendo invece a modalità dell'offerta, sicché il comportamento tenuto dalla stazione appaltante va immune da censure.”

SSSSSSSSSSSS

Cauzione provvisoria presentata da un'Ati_in caso di indicazione della ditta obbligata soltanto della capogruppo possibile accettazione da parte della Stazione Appaltante_va esclusa_dichiarazione

postuma della Compagnia di Assicurazione che asserisce di garantire il raggruppamento_influente se già scaduti i termini per la presentazione delle offerte

Nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti. Infatti, in caso contrario, potrebbe configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante nei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti. Pertanto, il fideiussore deve 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, pena l'esclusione dal procedimento

merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 1298 del 3 luglio 2008, emessa dal Tar Sardegna, Cagliari

< BETA deduce dunque, con un unico motivo, la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara nonché la violazione e falsa applicazione dell'articolo 11 del DLgs. 157/1995 e eccesso di potere sotto il profilo del difetto dei presupposti e di istruttoria.

Rileva in proposito che la polizza per la cauzione provvisoria rilasciata dal raggruppamento controinteressato è riferita esclusivamente alla società capogruppo e non contiene alcun richiamo alla natura collettiva della partecipazione alla gara né, tantomeno, identifica singolarmente le imprese facenti parte del raggruppamento costituendo.

Tale circostanza violerebbe le norme ed i principi sopra ricordati alla luce dei quali, laddove sia prodotta a titolo di cauzione provvisoria una polizza o una fideiussione intestata solo ad alcuni dei soggetti componenti un costituendo raggruppamento, il fideiussore deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire non solo la mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

La ALFA richiama invece una recente pronuncia della Corte di Cassazione (5 febbraio 2008 numero 2679) secondo cui il mandato conferito alla intesa capogruppo attribuisce alla mandataria la rappresentanza delle singole imprese mandanti e pertanto la prestazione di cauzioni o di fideiussioni comprende anche la garanzia nei confronti dei mandanti.

Il bando di gara prevedeva, all'articolo 8, che l'offerta concorrenti dovesse essere corredata da una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo del servizio a base d'asta, da presentarsi esclusivamente a mezzo di fideiussione bancaria o assicurativa, valida per almeno 180 giorni.

Secondo la prevalente giurisprudenza, che questo collegio condivide, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti. Infatti, in caso contrario, potrebbe configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante nei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti. Pertanto, il fideiussore deve 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, pena

l'esclusione dal procedimento (Consiglio Stato ad. plen. 04 ottobre 2005 n. 8; Consiglio Stato sez. IV 19 giugno 2006 n. 3660; T.A.R. Campania Napoli sez. I 18 marzo 2008 n. 1381; T.A.R. Lombardia Milano sez. I 19 aprile 2007 n. 1876; T.A.R. Lazio Roma sez. II 19 marzo 2007 n. 2394).

D'altronde la sentenza della Cassazione invocata dalla ricorrente principale riguarda la diversa situazione in cui il raggruppamento di impresa sia stato già costituito, mentre l'ipotesi in esame si riferisce ad un raggruppamento costituendo e perciò i principi sottesi a tale pronuncia non trovano applicazione.

Tuttavia, la ricorrente principale sostiene che anche i requisiti richiesti dalle richiamate pronunce del giudice amministrativo erano comunque contenuti nella polizza rilasciata; infatti, la stessa compagnia assicuratrice che a suo tempo ha emesso la polizza fideiussoria ha confermato, con un documento depositato in giudizio in data 4 dicembre 2007 che tale polizza è stata emessa contestualmente alla sottoscrizione, da parte della impresa ALFA e delle altre società, dell'impegno a costituirsi in raggruppamento qualora aggiudicatarie della gara e che pertanto la polizza è stata rilasciata a garanzia degli obblighi e oneri scaturenti dalla partecipazione alla gara predetta a carico della ALFA quale capofila del costituendo raggruppamento.

Tale dichiarazione si qualificerebbe come una interpretazione autentica del contratto da parte della compagnia assicuratrice di cui il giudice dovrebbe tener conto in applicazione dell'articolo 1362 del codice civile.

L'argomentazione è destituita di fondamento perché il testo della originaria polizza fideiussoria non conteneva alcun riferimento alla circostanza che la ALFA intendesse partecipare alla gara indicata in qualità di capogruppo, pertanto la dichiarazione della compagnia assicuratrice, intervenuta ben oltre la scadenza del termine per la presentazione delle domande, non può essere utilizzata per modificare completamente il contenuto della polizza originaria che resta carente di un requisito necessario ai fini dell'ammissibilità della domanda.

Per tali considerazioni, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata è fondato e deve essere accolto; conseguentemente il ricorso della ALFA risulta proposto da un soggetto carente di legittimazione e, pertanto, essere dichiarato improcedibile.>

SI LEGGA ANCHE

La necessità dell'intestazione della polizza fideiussoria anche alle imprese mandanti della costituenda ati deriva dall'esigenza di coprire i rischi attinenti ai casi in cui l'inadempimento sia ascrivibile a queste ultime e, quindi, di evitare che la stazione appaltante resti sprovvista di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) risulti addebitabile ad una o più imprese mandanti.

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 3660 del 19 giugno 2006 in tema di intestazione della cauzione provvisoria in caso di Ati, così si esprime:

<Deve, al riguardo, precisarsi che, dopo la camera di consiglio del 24 settembre 2004 (all'esito della quale la Sezione aveva espresso il convincimento, seppur nelle forme tipiche del giudizio cautelare, della regolarità della polizza intestata alla sola capogruppo), l'Adunanza Plenaria, espressamente investita della questione, ha chiarito che, nella medesima situazione qui controversa, la garanzia, richiesta a titolo di cauzione provvisoria, deve essere prestata, a pena di esclusione, anche dalle imprese mandanti (Cons. St., Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n.8).>

ma non solo. Nella fattispecie sottoposta al supremo Giudice amministrativo:

ricostruzione del sistema non del tutto esatta e che comunque lasci sussistere ampi spazi di opinabilità specie con riferimento alla esistenza di un reciproco rapporto fidejussorio ex lege tra le imprese delle A.T.I. costituenti: prima della costituzione della A.T.I. l'unico elemento che pone in evidenza e da cui discende l'obbligo comune è quindi rappresentato soltanto dalla offerta congiunta, offerta che impegna in primo luogo tutti gli offerenti (e a pari titolo), a costituirsi in A.T.I. rilasciando il mandato collettivo ad uno di loro. Anche l'inadempimento a questo obbligo rientra nella garanzia che occorre prestare ex art. 30 primo comma (ora articolo 75 del codice dei contratti), ma trattasi di obbligazioni a carico di tutti e di ciascun membro del gruppo e non al solo offerente futuro mandatario. Pertanto, anche se si volesse sostenere che la cauzione provvisoria rivesta anche essa carattere di garanzia per relationem al pari della definitiva, risulterebbe pur sempre necessario un esplicito richiamo al fatto genetico (offerta congiunta) da cui discende l'effetto giuridico dell'obbligo a carattere collettivo comune che si va ad assumere, obbligo che è diverso, indipendente e propedeutico rispetto a quello che incombe al soggetto indicato dapprima come futuro mandatario e poi effettivamente divenuto tale. In altri termini, non è sufficiente che il fidejussore dichiari di garantire puramente e semplicemente l'impresa capogruppo senza specificare che l'impresa è la futura mandataria di una A.T.I. in cui hanno presentato offerta congiunta più imprese e senza nominare queste ultime. Va infatti anche considerato che alla gara possono partecipare A.T.I. costituite e costituenti, ma è anche del tutto normale che partecipino imprese singole. Se il fidejussore dichiara di garantire gli obblighi derivanti dalla partecipazione alla gara di una impresa singolarmente indicata senza precisare che essa ha partecipato quale mandataria di una A.T.I., già costituita, ovvero come futura mandataria di una A.T.I. costituenda in dipendenza di una offerta congiunta, non si vede come tale garanzia, nel silenzio del titolo circa un obbligo comune, possa estendersi anche all'inadempimento dovuto a cause imputabili ad altre imprese. Le conclusioni anzidette, nel senso della necessità che la fidejussione sia "titolata", e cioè faccia espresso riferimento al carattere collettivo della e delle obbligazioni principali ed ai soggetti coobbligati, non sembrano scalfite neppure nel caso in cui la naturale accessorietà della fidejussione venga in parte attenuata e derogata per effetto delle varie clausole (v. art. 30 comma 2 bis legge 109/1994) che imprimono alla fidejussione le caratteristiche che la avvicinano al cosiddetto contratto autonomo di garanzia. Invero, anche la apposizione di clausole del tipo "a semplice richiesta" o "senza eccezioni" e simili, pur accentuando la autonomia di questa forma di garanzia, non valgono tuttavia a renderla autonoma in modo assoluto e totale, né valgono a trasformare la fidejussione in negozio astratto, poiché rimane pur sempre necessario evidenziare il collegamento ed il riferimento alla obbligazione principale, e ciò come afferma la giurisprudenza, sia nel momento genetico che in quello funzionale, poiché è del tutto pacifico che la sorte della obbligazione principale si riverbera, talvolta ex ante, ma sempre ex post, e cioè in via di regresso, anche su questa specie atipica di fidejussione. Invero, va sottolineato che anche nel caso del contratto autonomo di garanzia è sempre immanente il collegamento tra obbligazione principale e fidejussione nel senso che nel contratto cosiddetto autonomo "la prestazione del garante, pur non potendo essere legittimamente differita, diviene operativa solo nel presupposto e con il verificarsi dell'inadempimento"

In merito all'obbligo di indicare tutte le partecipanti di un'Ati quali "obbligate principali" di una cauzione provvisoria, merita di essere segnalata l'ordinanza numero 84 del 18 febbraio 2005 emessa Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale

NB: alla fine del proprio ragionamento, il giudice di appello siciliano decide comunque di rinviare all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il merito della questione.

Ora ci è dato di sapere che il Consiglio di Stato nell' Adunanza plenaria numero 8 del 4 ottobre 2005**** ha sancito che la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le partecipanti dell'Ati (ma che necessariamente basta la firma della capogruppo!)

< Va infatti ancora una volta sottolineato che l'art. 30 primo comma L. 109/1994 fa espresso riferimento all'inadempimento per fatto imputabile all'aggiudicatario, per cui, se la natura collettiva del futuro aggiudicatario non viene enunciata, il garante ben potrebbe opporre alla stazione appaltante la limitazione testuale della garanzia ove dal titolo (come nel caso oggetto della presente controversia) risulti che la garanzia è prestata dall'istituto di credito costituendosi testualmente "fidejussore solidale in nome e per conto dell'impresa GAMMA per la somma di € 1.530,00 che questa fosse tenuta a corrispondere al Comune di Sinagra in virtù degli obblighi e degli oneri derivanti dalla sua partecipazione alla gara di appalto del 20 marzo 2003".

La dizione sopra riportata sembra in effetti riferibile ad una impresa che ha partecipato alla gara come impresa singola, e nulla, nel tenore della fidejussione, lascia supporre che si siano garantiti gli obblighi di partecipazione alla gara anche di altre imprese.

Né può sostenersi, nel caso di A.T.I. costituente, che la insorgenza di un obbligo comune a tutte le imprese di conferire mandato collettivo (e cioè di costituire l'A.T.I.) e di quello successivo del mandatario di stipulare il contratto, (obblighi derivanti ambedue dalla offerta congiunta), determini ex se la corresponsabilità anche della impresa indicata come mandataria e delle altre mandanti cui non sia imputabile la causa della mancata conclusione del contratto.

Che le conseguenze negative dell'inadempimento di un coobbligato nell'offerta congiunta si riversino anche sulle imprese adempienti, è indubbio, così come è indubbio che un singolo inadempimento potrà essere fonte di responsabilità nei rapporti interni tra gli offerenti (che per tutelarsi sovente si rilasciano reciproche garanzie).

Peraltro, la circostanza che l'inadempimento agli obblighi assunti con l'offerta congiunta rilevi ex se come fonte di varie forme di responsabilità nei confronti della stazione appaltante e nei rapporti interni non porta a concludere che, nel silenzio della fidejussione, possa avere rilevanza ex se anche per quanto concerne gli obblighi del garante.

Un conto infatti è il regime della obbligazione principale garantita (solidale, collettiva, indivisibile, parziaria etc. e ciò sia che discenda dalla legge, che dal contratto) un conto è la obbligazione di garanzia del fidejussore che deve comunque richiamare l'obbligazione principale in tutti i suoi elementi (oggettivi e soggettivi), poiché solo per effetto di quel richiamo, si ha la omogeneità di regime tra obbligazione fidejussoria ed obbligazione principale e solo per effetto di quel richiamo ambedue le obbligazioni vengano ad avere in tal modo "un oggetto naturalmente identico" (Cass. nn. 18234/2003, 12456/1997, 9466/1987 cit.).

Va infatti nuovamente ricordato che il garantito non è parte necessaria del negozio fidejussorio (nella specie infatti la fidejussione è sottoscritta solo dal garante), ma soprattutto che il fidejussore può assumere la garanzia ex art. 1941 c.c. a condizioni meno onerose di quelle assunte dall'obbligato principale, e che, di converso, sono nulle le clausole che prevedano condizioni più onerose>

Ma non solo

< Orbene, è del tutto evidente come per il fidejussore sia certamente più rischioso garantire l'adempimento di una collettività piuttosto che di un singolo e che il rischio aumenta tanto maggiore è il numero dei membri della collettività la cui cooperazione è essenziale ed in cui l'inadempimento anche di un singolo può rendere perciò solo impossibile la prestazione in forma congiunta e quindi provocare l'escussione della fidejussione.

La estensione del rischio in questi termini non si potrebbe mai verificare ove nel titolo della garanzia non fosse richiamata la circostanza di fatto della obbligazione principale (e cioè presentazione congiunta dell'offerta da parte di più imprese) da cui discende l'effetto giuridico di più corresponsabilità congiunte.

A questo proposito è opportuno ancora una volta sottolineare, onde fugare possibili equivoci, che altro è la rappresentanza di più soggetti, (istituto nel quale la manifestazione di volontà del rappresentante viene ad essere unitamente ed uniformemente riferibile a tutti i rappresentati), ed altra è la responsabilità imputabile a più soggetti, responsabilità che la obbligazione principale innanzitutto può ripartire diversamente tra i coobbligati, ma che può anche sorgere da condotte poste in essere separatamente da più soggetti in cui, quindi, possono rilevare anche differenti profili soggettivi ed oggettivi di imputabilità e/o di responsabilità.

Di qui una ulteriore conferma della necessità che l'obbligazione principale venga esattamente richiamata nella fidejussione nella sua "oggettività" intendendo con questo termine - come già precisato - tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi che la connotano (v. Cass. SS.UU. 15 gennaio 1993 n. 499, 29 gennaio 1998 n. 907 cit.) proprio perché a volte, l'obbligazione principale ancorché unitaria (se riferita come di regola ad un unico appalto) può tuttavia disciplinare diversamente le responsabilità dei soggetti che si associano temporaneamente per la sua esecuzione.

Ad esempio, nelle associazioni verticali le mandanti in sede di esecuzione rispondono ciascuna per le opere specialistiche (art. 13 secondo comma L. 109/1994), e la responsabilità solidale, in questo caso, è limitata ex lege ad un unico soggetto (la capogruppo) che risponde in solido con ciascuna delle mandanti, mentre queste ultime, a differenza delle A.T.I. orizzontali, non rispondono in solido dell'inadempimento di altre mandanti.

Analoghe considerazioni possono farsi nel caso di A.T.I. miste in cui concorrono responsabilità solidali e singolari.

Peraltro, la necessità che la fidejussione indichi espressamente le imprese che fanno parte delle A.T.I. e dei consorzi può essere avvalorata anche in relazione al disposto dell'art. 8 della legge 109/1994 che, per le imprese qualificate, prevede la riduzione alla metà della cauzione provvisoria e di quella definitiva. E' evidente che per poter giustificare l'importo ridotto della garanzia, il garante farà riferimento direttamente, o tramite il richiamo alla offerta congiunta, alla o alle imprese che risultano in possesso della certificazione. Ciò vale anche per le A.T.I. orizzontali dal momento che per esse il beneficio non è applicabile qualora non siano tutte in possesso della certificazione di qualità (C.d.S. Sez. V 18 ottobre 2001 n. 5517).

Tali evenienze riguardano, a seconda dei casi fattispecie diverse da quella in esame e cioè cauzioni definitive, ovvero i casi di riduzione ex lege dell'ammontare delle garanzie, e sono stati evidenziati solo per avvalorare la tesi di fondo della necessità che la fidejussione richiami sempre la obbligazione principale e i coobbligati, ben potendo coesistere al loro interno differenti regimi di responsabilità o corresponsabilità.>

Ma quali sono i veri rischi coperti della cauzione provvisoria per cui è necessario che la stessa sia intesta a tutte le ditte partecipanti l'Ati

Prima di tutto la mancata dimostrazione dei requisiti di ordine speciale di cui all'attuale articolo 48 del codice dei contratti (già articolo 10 comma 1 quater della Legge Merloni)

< Tuttavia, al di là di tali fattispecie, va ricordato che il sistema prevede obbligazioni che sorgono anche nella fase prodromica alla stipula del contratto e che sono anche indipendenti dalla assunzione degli obblighi contrattuali conseguenti alla aggiudicazione.

Invero, l'articolo 10 comma primo quater della L. 109/1994 introdotto dalla L. 415/1998 prevede, com'è noto, il sorteggio delle offerte e la previa verifica dei requisiti, verifica che, in caso negativo, porta all'incameramento della cauzione provvisoria.

In altri termini, per effetto anche della sola partecipazione alla gara, incombe a qualsiasi partecipante l'obbligo di dimostrare la regolarità formale e sostanziale della sua partecipazione e ciò, in primo luogo, in sede di preverifica a sorteggio.

Orbene, l'obbligo di dimostrare previamente il possesso dei requisiti non può essere riferito all'obbligo eventuale e successivo di stipulare il contratto, e neppure appare riconducibile alla medesima ratio della cauzione provvisoria.

E' infatti sufficiente considerare che la cauzione provvisoria ha la funzione testuale, ex art. 30 primo comma della legge 109/1994, di garantire la conclusione del contratto e, in caso di inadempimento, di indennizzare forfettariamente la stazione appaltante del pregiudizio in cui può incorrere per una eventuale riedizione della gara.

Sotto questo profilo la cauzione provvisoria è riconducibile alla figura della fidejussio indemnitas tipica nel settore delle opere pubbliche (v. da ultimo Cass. 27 maggio 2002 n. 7712) in cui cioè il fidejussore non garantisce una prestazione identica a quella dell'obbligato principale, che è insostituibile, ma soltanto assicura l'interesse economico del beneficiario, interesse compromesso dall'inadempimento del soggetto garantito.

Il comma 1 quater dell'art. 10 tende invece prevalentemente ad assicurare in via preventiva la regolarità delle operazioni di gara e quindi vincola tutti i partecipanti. La ratio è intesa ad evitare il rischio di partecipazioni non serie ovvero che possano artatamente alterare o turbare la gara stessa con particolare riferimento alla determinazione della soglia di anomalia e/o della media di aggiudicazione.

E' pertanto evidente che, in questo caso, l'incameramento della cauzione non ha una funzione indennitaria, ma sanzionatoria di un comportamento difforme rispetto al precetto normativo, comportamento che può avere carattere anche soltanto formale, atteso che la cauzione viene incamerata anche per il semplice ritardo nella trasmissione della documentazione prescindendo altresì dalla valutazione dell'elemento psicologico (v. Consiglio di Stato Sez. V 18 dicembre 2002 n. 7047).

Il carattere sanzionatorio è poi rafforzato dal fatto che, oltre all'incameramento della cauzione, è prevista la comunicazione del fatto all'Autorità di vigilanza al fine della eventuale comminatoria di una sospensione temporanea alle gare, e della irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie. Trattasi pertanto di un obbligo che non può considerarsi accessorio (nel senso di cui all'art. 1942 c.c.) rispetto al contenuto della obbligazione principale individuato dall'art. 30 primo comma L. 109/1994.

Dovrebbe perciò risultare dimostrato che si tratta di un obbligo del tutto autonomo per contenuto, modalità e finalità sia rispetto all'obbligo di conferire il mandato collettivo facente capo a tutti i membri

dell'A.T.I. sia rispetto a quello di stipulare il contratto, facente capo al futuro mandatario, ma pur tuttavia anche esso viene garantito ex lege dalla cauzione provvisoria.

La legge infatti ha esteso automaticamente una delle sanzioni comminate per la violazione di questo obbligo (l'incameramento della cauzione), dall'inadempiente all'intero gruppo, per cui, dalla offerta congiunta, oltre all'impegno comune finalizzato alla aggiudicazione, discende anche un impegno ed una responsabilità comune ad assicurare la regolarità della partecipazione di ciascun altro.

Si tratta all'evidenza di un impegno, di una responsabilità e di un rischio ulteriore e diverso rispetto a quello coperto dall'art. 30 primo comma>

Secondariamente la sottoscrizione del cd “patto di integrità”

< A tale ultimo proposito, e cioè di rischi ulteriori, va osservato che sempre più spesso le stazioni appaltanti sottoscrivono, in una con i partecipanti alle gare, il cosiddetto “patto di integrità” in cui in sostanza le due parti si impegnano (perfino anche le Pubbliche Amministrazioni) a tenere comportamenti anti-corruzione nonché a non creare, direttamente o indirettamente, ovvero a tollerare accordi che possano falsare la regolarità della aggiudicazione della gara e/o influire sulla corretta esecuzione dell'appalto (v. C.d.S. Sez. V 28 giugno 2004 n. 4789).

Tali “patti di integrità” prevedono poi usualmente, come effetto sanzionatorio per la loro violazione, oltre alla risoluzione del contratto, al risarcimento dei danni ed alla esclusione per X anni dalle gare bandite dal committente, anche, per quanto qui interessa, l'escussione della cauzione provvisoria (v. T.A.R. Lombardia Milano 11 marzo 2003 n. 438).

Anche in questo caso si tratta di obblighi e comportamenti (taluni anche a rilevanza penale) facenti capo separatamente a ciascuno dei membri della A.T.I. di cui ciascuno dovrebbe perciò rispondere in proprio per il proprio operato.

Se tuttavia la violazione del patto di integrità da parte di taluno dei partecipanti alla A.T.I. comporta l'escussione della fidejussione prestata a garanzia qualsiasi altra impresa partecipante, sembrerebbe necessario che il fidejussore dichiari di essere a conoscenza anche di questo ulteriore rischio di inadempienza che va a coprire.

Pertanto, dalla esistenza di obblighi che incombono separatamente a carico di tutti i componenti della A.T.I. per effetto e in dipendenza, dapprima della mera partecipazione alla gara e, di poi, dalla offerta congiunta e da eventuali pattuizioni ad hoc, ne esce rafforzata la conclusione che la sicura copertura di tali possibili inadempimenti si ottiene solo se il fidejussore richiami innanzitutto la natura collettiva della partecipazione di più imprese, identificandole singolarmente e, contestualmente, dichiari di coprire con la cauzione provvisoria non solo l'evento indicato al primo comma dell'art. 30, ma anche ogni altro obbligo derivante ex lege o per clausola pattizia dalla partecipazione alla gara.>

Si legga anche *Consiglio di Stato nell' Adunanza plenaria numero 8 del 4 ottobre 2005*****

In caso di Ati non servono le firme delle partecipanti

In caso di Ati è necessario che la cauzione provvisoria sia intestata alla capogruppo e a tutte le partecipanti il raggruppamento senza però che queste ultime debbano anche sottoscrivere la garanzia

La cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente

Una polizza fideiussoria provvisoria, intestata alla sola capogruppo designata e non anche alla mandante, può ritenersi utile a costituire la cauzione provvisoria, richiesta per la partecipazione alla gara in relazione all'art. 30, comma 1, della legge n. 109/1994 s.m.i.?

Vediamo qual è il parere espresso dal Consiglio di Stato nell' Adunanza plenaria numero 8 del 4 ottobre 2005:

Intanto una premessa di carattere meramente teorico:

<va sottolineato che la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive. Si tratta quindi di stabilire, quanto al caso di specie, quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria>

In caso di Ati, per quanto concerne il rischio della mancata sottoscrizione del contratto:

< In presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata.

Garantite sono tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione>

Pertanto:

< Il fideiussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento propedeutico delle offerenti - mandanti e cioè deve garantire l'Amministrazione anche nel caso in cui, per fatto imputabile a tutti, o anche soltanto a taluno degli offerenti, il mandato non venga rilasciato e, di conseguenza, non emerga un mandatario comune e, quindi, il contratto non possa essere stipulato.

Le obbligazioni, ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, quanto alle ATI costituende sono dunque quella finale della capogruppo (la sottoscrizione del contratto) e quella propedeutica delle mandanti di conferire il mandato>

In caso di Ati, per quanto concerne il rischio del mancato possesso dei requisiti autodichiarati :

*< Quanto agli ulteriori impegni, oggetto della cauzione provvisoria, è stato osservato in giurisprudenza che essa svolge 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*

Va richiamato a quest'ultimo riguardo l'art. 10 comma 1quater della legge n. 109/94 e successive modificazioni, che prevede, tra l'altro, la escussione della cauzione, nella ipotesi in cui, in sede di verifica da parte della stazione appaltante, l'impresa concorrente non provi ovvero non confermi le dichiarazioni contenute, in ordine ai detti requisiti, nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

Analoga garanzia è usualmente prevista anche nei cosiddetti "patti di integrità" in cui le parti si impegnano a tenere comportamenti anticorruzione nonché a non creare, direttamente o indirettamente, ovvero a tollerare accordi che possano falsare la regolarità della aggiudicazione della gara e/o influire sulla corretta esecuzione dell'appalto (v. C.d.S. Sez. V 24 marzo 2005, n. 1258 e 28 giugno 2004 n. 4789). >

Pertanto:

<E' evidente che anche sotto questi profili (non strettamente collegati alla sottoscrizione del contratto), soprattutto nel caso di ATI costituente, la garanzia debba essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara.>

la risposta quindi è:

<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>

non risultando regolare:

<Se da un lato infatti correttamente la garanzia è riferita in generale agli obblighi e agli oneri derivanti dalla partecipazione alla gara d'appalto, dall'altro, in contrasto con i principi sopra enunciati, come esattamente rilevato dal TAR, nella polizza fideiussoria non solo l'impresa mandante non viene esplicitamente menzionata, ma non si fa nemmeno riferimento all'essenziale circostanza che l'impresa "debitrice principale" partecipa all'incanto in qualità di mandataria di una costituenda ATI; addirittura, dal tenore letterale delle espressioni usate, la contraente risulta concorrere come se fosse un'impresa singola>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 1470/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 8142/07 REG. RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 8142/2007 del 22/10/2007, proposto dalla società ALFA ITALIA SRL rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo BARRECA, con domicilio eletto in Roma, presso l'avv. Antonio GIUFFRIDA, via Gregorio VII n. 396;

contro

I BETA SPA in proprio e quale mandataria RTI, rappresentata e difesa dagli avvocati Ermes COFFRINI e Massimo COLARIZI con domicilio eletto in Roma presso lo studio del secondo, via Panama n. 12;

e nei confronti

dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico TOR VERGATA rappresentata e difesa dall'avv. Angelo PIAZZA, con domicilio eletto in Roma, via Luigi R. Bricchetti n. 10;

per la riforma

della sentenza del *TAR LAZIO – ROMA :Sezione III Quater n.7095/2007*;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

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 10 Giugno 2008, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati C. Barreca, M. Colarizi e V. A. Pappalepore per delega, quest'ultimo, dell'avv. A.Piazza;

FATTO E DIRITTO

P. E' oggetto di appello la sentenza con la quale i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dal raggruppamento appellato avverso il provvedimento che ne ha disposto l'esclusione dalla procedura in ragione dell'omessa sottoscrizione della cauzione provvisoria da parte di tutte le imprese facenti parte dell'associazione temporanea.

Si sono costituiti in appello il raggruppamento intimato e la stazione appaltante.

All'udienza del 10 giugno 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato.

La Sezione conviene con il primo giudice che assume rilievo dirimente, nel caso di specie, la non equivoca prescrizione recata, con riguardo alla polizza cauzionale, dall'art. 34, punto i), del capitolato speciale, secondo cui *“in caso di Raggruppamenti di prestatori di servizio la cauzione provvisoria dovrà essere prestata dall'impresa designata quale capogruppo”*.

Trattasi di una previsione chiara, non suscettibile di interpretazioni plurivoche, che ha ingenerato nel raggruppamento che ha proposto il ricorso in primo grado l'affidamento in ordine alla possibilità che la cauzione provvisoria fosse costituita dalla sola capogruppo. Se a tale elemento si aggiunge il pacifico principio pretorio che esclude la disapplicabilità, da parte della stazione appaltante, delle regole stabilite in seno alla *lex specialis*, si deve concludere per l'illegittimità dell'esclusione comminata in sede di gara in ragione dell'omessa prestazione della cauzione da parte di tutti i soggetti componenti il raggruppamento, essendo per converso praticabile la via della regolarizzazione di una lacuna indotta dagli stessi atti dell'amministrazione.

Si deve per completezza rammentare l'indirizzo del Consiglio di Stato (sez. VI decisione n. 2951/2007) secondo cui la previsione della *lex specialis* che ammette la costituzione della polizza da parte della sola mandataria non può essere considerata

illegittima sulla base del principio espresso dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 8/2005 (in base al quale negli appalti di lavori la polizza fideiussoria deve essere intestata anche alle mandanti).

Nella specie il Consiglio ha rimarcato che “nel caso oggetto del presente giudizio viene, in considerazione un appalto (non di lavori ma) di servizi, il che implica che la stazione appaltante avesse la mera facoltà e non l'obbligo di chiedere ai concorrenti la presentazione di una cauzione provvisoria a corredo dell'offerta.

Se, dunque, in materia di appalti di servizi è certamente consentito (a differenza che negli appalti di lavori) alla stazione appaltante di non richiedere alcuna cauzione provvisoria ai concorrenti, deve ritenersi consentita, *a fortiori*, la richiesta di una cauzione provvisoria alla sola mandataria di un R.T.I.”

3. L'appello deve in definitiva essere respinto.

Sussistono tuttavia, avuto riguardo alla particolarità della fattispecie, giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 10 Giugno 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Domenico La Medica

Cons. Marzio Branca

Cons. Vito Poli

Cons. Francesco Caringella Est.

Cons. Adolfo Metro

ESTENSORE

f.to Francesco Caringella

IL PRESIDENTE

f.to Domenica La Medica

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

12/03/09

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

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi