

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 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>

Pertanto:

< 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>

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 costituenti, 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>

PRECEDENTE GIURISPRUDENZA:

Tar Sicilia, Catania n. 120 del 3 febbraio 2004

<<Ora, il bando di gara ha espressamente imposto, al punto 11-c), che la polizza fideiussoria prestata da un costituendo RTI riporti a pena di esclusione come contraenti tutte le imprese facenti parte della riunione di imprese e sia da tutte sottoscritta. Ebbene, detta prescrizione non pare legittima: da un canto la fideiussione rilasciata in favore dell'impresa mandataria è sufficiente al fine di soddisfare l'interesse

della stazione appaltante che ben può, nell'ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto, incamerare la cauzione; d'altra parte, poiché nell'ipotesi di partecipazione a gara in forma associata le dichiarazioni negoziali, inclusi impegni e promesse, devono essere resi dalla sola capogruppo, unica interlocutrice dell'amministrazione appaltante, la fideiussione costituente cauzione provvisoria ben può essere rilasciata solo in favore della mandataria, non essendovi necessità di riferimenti agli obblighi delle future mandanti (Cons. Stato, V, 17.3.2003 n. 1384; T.A.R. Sicilia Sez. III di Catania 9.9.2003 n.1377).>>

TAR Emilia Romagna, Parma, n. 151 del 5 aprile 2004

<<Occorre peraltro aggiungere, per completezza dell'esposizione che, comunque, sarebbe infondato il primo motivo contenuto nel ricorso principale, con il quale s.p.a. ritiene che A.T.I. 2 non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara perché ha presentato una fideiussione bancaria in cui essa compare quale unica contraente, senza che nel documento sia fatto alcun cenno all'estensione della garanzia, in favore dell'Amministrazione appaltante, anche per le altre imprese facenti parte della costituenda A.T.I.. In proposito, infatti, giova osservare che il bando di gara, a pag. 7, prescrive che la dichiarazione di cui al punto 3, lettera d) ed e), in caso di partecipazione di imprese associate in A.T.I., dovrà essere prodotta dalla sola capogruppo, così come il deposito cauzionale di cui al punto n. 6; tale punto prescrive poi che la fideiussione deve essere rilasciata "a prima richiesta" e per l'ipotesi in cui l'impresa aggiudicataria non si presenti alla stipulazione del contratto "per qualsivoglia motivo", per cui, anche nel caso, qui ricorrente, di A.T.I. ancora da costituirsi, vengono meno quelle ragioni di cautela, determinate da un ridotto ambito di responsabilità gravante sulle singole imprese associande rispetto a quello gravante sulle imprese di A.T.I. già costituita, che in talune decisioni del giudice amministrativo hanno causato l'accoglimento della tesi prospettata nel suddetto motivo>>

T.A.R. Lombardia-Milano – Sez. III – n 2678 del 30 giugno 2004

<<la cauzione provvisoria è posta, come noto, a garanzia della serietà dell'offerta tanto che quello che deve essere valutato è se, a tutela degli interessi della stazione appaltante, la polizza così formulata sia idonea a tali fini, non ravvisandosi, per come è formulata la lex specialis, ulteriori profili che possano comportare una lesione dei principi fondamentali delle procedure selettive pubbliche.

La giurisprudenza amministrativa, ancora maggioritaria sul punto (cfr Cons. St., sez. V, 17 marzo 2003, n. 1384) e che il Collegio condivide, ha precisato che, nel caso in cui partecipi ad una gara per l'affidamento di lavori pubblici una costituenda associazione temporanea di imprese di tipo verticale, la fideiussione costituente la cauzione provvisoria, di cui all'art. 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, può essere rilasciata a favore della sola impresa mandataria in quanto ciò appare più conforme alla lettera ed allo spirito della norma

La cauzione provvisoria garantisce la stazione appaltante dai rischi derivanti da un comportamento che, nel caso di associazione già costituita, incombe unicamente sull'impresa mandataria, giacché questa ha "la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto" (art. 93 DPR 554 del 1999).

In tal senso, d'altronde, si muove l'interpretazione sia del giudice amministrativo, che ha avvertito come "nel caso di partecipazione in forma associata ai pubblici appalti, le dichiarazioni negoziali - offerte, promesse, accettazioni, impegni e simili - devono essere rese dalla sola impresa mandataria" (Cons. St., sez. V, 5 febbraio 1993, n. 240), che di quello ordinario, secondo il quale "la capogruppo mandataria è l'unico interlocutore dell'ente appaltante ed alle imprese mandanti è vietato intromettersi nei loro rapporti" (Corte appello Torino, 8 febbraio 2000).

In tal caso, quindi, è unicamente la condotta omissiva della capogruppo che può attivare la polizza fideiussoria dalla stessa presentata per l'intero ammontare della garanzia.

Per cui, la fideiussione rilasciata a favore dell'impresa mandataria, appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante, che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte della capogruppo, incamerare per intero la cauzione

E' quindi acclarato che, anche in questa ipotesi, il compito di sottoscrivere il contratto ricade unicamente sulla impresa capogruppo.

Per cui appare del tutto logico che sia quest'ultima a dover prestare la cauzione a garanzia di un obbligo che le deriva "ex lege" per il solo fatto di essere stata indicata nell'offerta quale capogruppo; tale interpretazione appare confortata dal fatto che l'operatività della garanzia è subordinata alla semplice richiesta scritta della stazione appaltante tanto che, sulla base dei principi espressi dalla giurisprudenza civile in tema di contratto autonomo di garanzia (e, quindi, applicabili al caso in esame), la società garante non può opporre alla richiedente alcuna eccezione se non quelle risultanti direttamente dalla polizza; pertanto, anche nel caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto dipenda dal fatto della ditta non contemplata nella fideiussione, ciò non può costituire un valido motivo per il garante di negare il pagamento della cauzione in favore della stazione appaltante.

L'eventuale accertamento delle responsabilità per l'anzidetta condotta omissiva rileverà solo nell'ambito dei rapporti interni tra garantito (capogruppo mandataria) e terzo (mandante della costituenda ATI), in caso di rivalsa;

sulla base di quanto rappresentato nei due precedenti alinea, appare evidente come la polizza fideiussoria presentata dalla ricorrente sia idonea a garantire l'amministrazione aggiudicatrice in caso di offerta non seria e, pertanto, in linea con la ratio della previsione contenuta nel bando di gara>>

Tar Sardegna, sezione di Cagliari, con la sentenza numero 1318 del 19 agosto 2004 :

<<Come ha affermato il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza n. 1384 del 17/3/03: "la cauzione del 2%, di cui all'art. 30, comma 1, della legge n. 109 del 1994, "copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario", cioè garantisce la stazione appaltante dai rischi derivanti da un comportamento che, nel caso di associazione già costituita, incombe unicamente sull'impresa mandataria, giacché questa ha "la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto" (art. 93 DPR 554 del 1999).

In tal senso, d'altronde, si muove l'interpretazione giurisprudenziale sia del giudice amministrativo, che ha avvertito come "nel caso di partecipazione in forma associata ai pubblici appalti, le dichiarazioni negoziali - offerte, promesse, accettazioni, impegni e simili - devono essere rese dalla sola impresa mandataria" (Consiglio Stato sez. V, 5 febbraio 1993, n. 240), che di quello ordinario, secondo il quale "la capogruppo mandataria è l'unico interlocutore dell'ente appaltante ed alle imprese mandanti è vietato intromettersi nei loro rapporti" (Corte appello Torino, 8 febbraio 2000).

In tal caso, quindi, è unicamente la condotta omissiva della capogruppo che può attivare la polizza fideiussoria da lei presentata per l'intero ammontare della garanzia. Per cui, la fideiussione rilasciata a favore dell'impresa mandataria, appare sufficiente a soddisfare l'interesse della stazione appaltante, che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte della capogruppo, incamerare per intero la cauzione.>>

ar Lazio, Sezione II ter di Roma, numero 16262 del 16 dicembre 2004:

<<La fideiussione con polizza rilasciata a favore della impresa capogruppo copre tutto l'ambito percentuale della garanzia pretesa dalla legge in caso di mancata sottoscrizione del contratto

Stante la necessità della sottoscrizione della offerta da parte di tutte le imprese costituenti il raggruppamento e del conferimento di mandato collettivo alla impresa qualificata come capogruppo destinata a stipulare il contratto in nome proprio e delle mandanti, per quanto concerne la polizza provvisoria è sufficiente che la stessa sia intestata alla sola capogruppo.

Nel sistema normativo che attribuisce alla impresa qualificata come capogruppo già in sede di offerta, la stipulazione del contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti, appare evidente che la sottoscrizione del contratto va riferita al valore dell'appalto nella sua interezza, indipendentemente cioè dalla ripartizione collettiva dei lavori tra le imprese raggruppate sicché la eventuale sua mancata sottoscrizione resta parimenti garantita nella forma prevista dalla legge e cioè con la emissione di una fideiussione che, anche se intestata alla sola impresa destinataria del mandato di Capo del

raggruppamento, copra tuttavia la intera misura prevista dalla legge quale cauzione della eventuale mancata sottoscrizione del contratto.

Risulta valida una "postilla" a penna aggiunta all'art. 1 delle condizioni generali di assicurazione che rende la stessa "Valida fino a tre anni dalla data di consegna" in quanto sottoscritta dalla sigla del procuratore della compagnia di assicurazione che la ha rilasciata.>>

Tar Sicilia, Catania, n. 170 del 2 febbraio 2005

Nel caso di associazione temporanea di imprese da costituire, l'impresa mandataria ha la rappresentanza delle imprese mandanti nei confronti della Stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti dipendenti dall'appalto; pertanto legittimamente l'Amministrazione ammette a partecipare alla gara l'A.T.I. non ancora costituita la cui mandataria abbia da sola provveduto al versamento della cauzione provvisoria

il compito di sottoscrivere il contratto ricade unicamente sull'impresa capogruppo, per cui appare del tutto logico che sia quest'ultima a dover prestare la cauzione, a garanzia di un obbligo che le deriva "ex lege", per il solo fatto di essere stata indicata nell'offerta quale capogruppo.

Nel caso di specie, la garanzia rilasciata dalla banca è intestata al Comune di Sinagra e contiene specifiche indicazioni circa l'oggetto e l'importo dei lavori; in essa si legge poi quanto segue: "la presente fideiussione è prestata nell'interesse della impresa **** s.p.a. nella qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento, la quale agisce in nome e per conto delle imprese mandanti con responsabilità solidale".

Tale fideiussione rilasciata a favore dell'impresa mandataria è, pertanto, perfettamente idonea a garantire l'interesse della stazione appaltante, che ben può, nel caso di mancata sottoscrizione del contratto, incamerare per intero la cauzione>

A noi resta solo da aggiungere che quest'ultima osservazione da parte dell'adito giudice amministrativo, viene resa ancora più forte dal fatto che il pagamento della cauzione sia <a semplice richiesta scritta> come previsto fin dalla Merloni ter (L. 415 del 1998)

Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, n. 29 del 12 febbraio 2005

<<L'interesse dell'Amministrazione risulta tutelato richiedendo il versamento della cauzione definitiva prima della stipulazione del contratto (quindi non necessariamente prima dell'aggiudicazione definitiva) e riservandosi, in mancanza, di revocare l'aggiudicazione.

Nel caso di ATI appena da costituirsi, soltanto sull'impresa mandataria la stipulazione del contratto, anche per conto delle imprese mandanti, ai sensi dell'art. 13, 5° comma, della L. n. 109/94, soltanto quest'ultima è tenuta a prestare la cauzione a garanzia di un obbligo che la legge le commette in via esclusiva

La sentenza del Tar Friuli-Venezia Giulia, sezione di Trieste, numero 29 del 12 febbraio 2005 merita di essere segnalata per due importanti principi in essa contenuti:

- in caso di Ati, basta l'intestazione e la firma della mandataria sulla polizza provvisoria
- la cauzione definitiva può essere presentata al momento della stipula del contratto e non necessariamente fra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva, risultando comunque sufficientemente tutelata la Stazione appaltante avendo richiesto < il versamento della cauzione prima della stipulazione del contratto e riservandosi, in mancanza, di revocare l'aggiudicazione

Tar Puglia, sezione prima di Bari, sentenza numero 3720 del 2005:

<<Ati: la cauzione provvisoria basta sia intestata alla capogruppo, come capogruppo con l'espressa indicazione nella polizza che essa copre la sottoscrizione del contratto da parte della mandataria della costituenda associazione.

Ati orizzontale: per poter ridurre le cauzioni provvisoria e definitiva, il certificato di qualità aziendale deve essere posseduto da tutte le ditte e dimostrato solo dall'attestazione SOA.

Ati verticale: la riduzione della cauzione puo' essere anche pro-quota>>

Ati: è sufficiente che la cauzione provvisoria sia sottoscritta dalla sola mandataria a condizione che la garanzia risulti intestata all'Ati stessa.

Anche se nel bando non ci sono precisi riferimenti alla normativa vigente, va da sé che comunque il dettame della Legge prevale sulle norme della lex specialis

Tar Lazio, sezione di Roma, sentenza numero 5424 del 1 luglio 2005:

<<1. Nel procedimento di gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici, è sufficiente che la polizza fideiussoria sia sottoscritta dalla sola impresa mandataria nel caso di raggruppamento di imprese non ancora costituito, posto che l'intestazione a nome dell'ATI è preordinata a garantire l'adempimento degli obblighi connessi alla partecipazione

2. Il Raggruppamento resistente oppone che, in sede di presentazione della offerta, le Imprese ** hanno prodotto dichiarazione con allegato certificato SOA e Qualità resi autentici ai sensi del DPR 445/2000 con allegata copia del documento del legale rappresentante: tale controdeduzione non ha trovato smentita; inoltre viene rilevato come, essendo la mandante qualificata nella misura del 10% ex art. 95 del DPR 554/1999, l'Impresa ***, partecipante all'Ati, non doveva possedere la certificazione di qualità ma, alla data della domanda di partecipazione e della offerta, era necessaria semplicemente la dichiarazione degli elementi minimi (10% di €. 5.663.686,60 = €. 566.368,60 pari alla classifica II incrementata del 1/5, ovvero anche classifica III).

3. Il T.U. 28 dicembre 2000, n. 445, espressamente consente di produrre, il certificato SOA con dichiarazione di autenticità in calce allo stesso resa dall'interessata, con allegata copia del documento di identità>>

a cura di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza plenaria, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r. 3 del 2005 dell'Adunanza plenaria, proposto dalla **** S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Catalioto, con domicilio in Roma presso la Segreteria del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, n.13;

contro

la **** s.n.c. di **** Nunziato & C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata dall'avv. Salvatore Trimboli, con domicilio in Roma presso Segreteria del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, n.13;

e nei confronti

del Comune di Sinagra, persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, I, n. 1138/03, pubblicata il 15 luglio 2003;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della **** s.n.c.;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Vista l'ordinanza n.84/05, in data 18 febbraio 2005, del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana, con cui la causa è stata rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore il consigliere Pier Giorgio Trovato;

Udito alla pubblica udienza del 20 giugno 2005, l'avvocato Trimboli per la parte appellata; nessuno è comparso per la parte appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Regione Sicilia n.10 del 7 marzo 2003, il Comune di Sinagra bandì un pubblico incanto per l'appalto dei lavori di realizzazione di 12 alloggi popolari in località Gorghi, con il criterio del massimo ribasso sulle opere a corpo e a misura, ai sensi dell'art.19 della legge 11 febbraio 1994, n.109 come modificato dall'art.15 della legge regionale siciliana 2 agosto 2002, n.7 e con i criteri e le modalità (in particolare quanto al calcolo delle medie dei ribassi e alla determinazione della soglia di anomalia) stabilite dall'art.21 della n.109/1994, come modificato dall'art.15 della legge regionale n.7/2002.

Alla gara parteciparono 48 concorrenti, tra i quali la **** s.r.l., la **** s.n.c. di **** Nunziato & C. e la ATI costituenda tra le imprese **** Costruzioni s.r.l. e **** Costruzioni s.r.l..

Quest'ultima concorrente, nella offerta (18 marzo 2003), aveva indicato come mandataria designata la **** Costruzioni.

La gara era aggiudicata alla **** s.r.l..

Ricorreva al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, la **** s.n.c. di **** Nunziato & C. sostenendo che, ai sensi del punto 8 del bando di gara, l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere la costituenda A.T.I. tra le imprese **** Costruzioni s.r.l. e **** Costruzioni s.r.l. per avere presentato la cauzione provvisoria di cui all'art. 30, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n.109 s.m.i., mediante fideiussione bancaria intestata esclusivamente alla capogruppo (designata) **** Costruzioni e non anche all'associata impresa **** Costruzioni.

Per effetto di tale esclusione, ricalcolate le medie fra le rimanenti offerte ammesse, la gara si sarebbe dovuta aggiudicare alla ricorrente,

Si costituiva in giudizio la **** s.r.l., che controdeduceva nel merito.

Con sentenza n.1138/03, in data 15 luglio 2003, che definiva il giudizio nel merito a norma dell'art.9 della legge 21 luglio 2000, n.205, il T.A.R. accoglieva il ricorso e, per l'effetto, annullava, nei limiti dell'interesse, gli atti con lo stesso impugnati.

2. La sentenza è stata appellata, avanti al Consiglio di giustizia amministrativa Regione siciliana, dalla s.r.l. **** la quale con unico motivo ha dedotto violazione, falsa ed erronea interpretazione degli articoli 10 comma 1, 13 comma 5, 30 comma 1 della legge 109/1994 (così come recepiti dalla legge regionale Sicilia 2 agosto 2002, n.7).

Si è costituita la S.n.c. **** la quale ha puntualmente controdedotto nel merito, chiedendo altresì, preliminarmente, che l'appello venga dichiarato inammissibile sia per carenza di interesse, in quanto nel frattempo il Comune ha rinnovato la gara aggiudicando l'appalto alla **** s.n.c. (con atto non impugnato dalla **** s.r.l.), sia per mancata contestazione da parte dell'appellante del principio di diritto in base al quale il TAR, con la sentenza appellata, ha accolto il ricorso di primo grado.

Non si è costituito in giudizio il Comune di Sinagra.

Con ordinanza n.84/05, in data 18 febbraio 2005, il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, ha rimesso la causa all'esame dell'Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, avuto riguardo ai contrasti giurisprudenziali sulla questione di merito oggetto dell'odierno giudizio.

Alla pubblica udienza del 20 giugno 2005, l'appello è passato in decisione.

DIRITTO

I

1. E' appellata la sentenza n. 1138/03, in data 15 luglio 2003, con la quale il Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania, I, ha annullato gli atti di un pubblico incanto, bandito dal Comune di Sinagra, per l'appalto relativo alla realizzazione di 12 alloggi popolari in località Gorgi.

Il TAR ha ritenuto che era stata illegittimamente ammessa alla gara la costituenda ATI **** Costruzioni s.r.l. e **** Costruzioni s.r.l., ancorché avesse prodotto in gara, quale cauzione provvisoria, una fideiussione bancaria non sottoscritta dalle due imprese e intestata alla sola designata capogruppo e non anche alla associata. Di conseguenza ha annullato l'ammissione della predetta ATI costituenda e l'aggiudicazione alla **** s.r.l. (odierna appellante). Ne è risultata aggiudicataria la **** s.n.c. di **** Nunziato & C. (odierna appellata).

2. Osserva preliminarmente il Collegio che è da disattendere l'eccezione di inammissibilità dell'appello, per difetto di interesse, sollevata dalla **** s.n.c., sul rilievo che l'Amministrazione, con atto dirigenziale n. 167, in data 13 agosto 2003, ha rinnovato la gara aggiudicandola alla **** s.n.c. e che la **** s.r.l. ha ommesso di impugnare l'atto sopravvenuto.

Per quanto consta agli atti il richiamato atto dirigenziale è stato adottato in ottemperanza alla pronuncia di primo grado

Trova quindi applicazione il consolidato principio giurisprudenziale, secondo cui, atteso il carattere immediatamente esecutivo delle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali (art. 33, comma primo, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034), l'atto di doverosa esecuzione delle stesse non determina alcuna acquiescenza da parte dell'Amministrazione (cfr da ultimo, tra le altre decisioni, Consiglio Stato, sez. VI, 24 settembre 2004, n. 6249; Consiglio Stato, sez. IV, 2 novembre 2004, n. 7068; Consiglio Stato, sez. V, 30 agosto 2004, n. 5648).

In difetto di acquiescenza da parte del Comune, vanno riconosciuti l'attualità lesiva della sentenza nei confronti dell'impresa soccombente in primo grado e l'interesse di quest'ultima a coltivare l'appello, dal momento che l'accoglimento dello stesso comporterebbe la rimozione sia della sentenza impugnata che degli atti meramente esecutivi della stessa.

Con una seconda eccezione la **** s.n.c., sostiene l'inammissibilità dell'appello, sul rilievo che l'appellante non ha contestato il principio di diritto affermato dal TAR.

In particolare non sarebbero stati svolti argomenti di replica ai rilievi del giudice di primo grado, secondo cui la polizza fideiussoria in causa era irregolare perchè non menzionava l'impresa designata come mandante (**** costruzioni), non faceva cenno ad un eventuale costituendo raggruppamento (tra le imprese **** costruzioni e **** costruzioni) e si riferiva alla impresa **** costruzioni come se concorresse alla gara in qualità di impresa individuale.

L'eccezione sembra fare riferimento all'indirizzo giurisprudenziale che afferma l'onere dell'appellante di specificare i motivi di impugnazione, in modo tale che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata siano contrapposte quelle dell'appellante, finalizzate ad incrinare il fondamento logico giuridico delle prime e quindi a confutare e contrastare le ragioni addotte dal primo giudice (cfr. da ultimo Consiglio Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8068).

La eccezione è infondata in punto di fatto.

L'appellante, con esplicito richiamo ad indirizzi giurisprudenziali (C.S., V, 17 marzo 2003, n. 1384), svolge la tesi secondo cui, anche nel caso di partecipazione alla gara da parte di A.T.I. non ancora costituita (al pari di quella già costituita ex art. 10 comma 1 della legge n. 109 (1994), è sufficiente che la polizza fideiussoria sia intestata alla impresa designata come capogruppo o sia da essa sottoscritta. E ciò nelle considerazioni che funzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 30, comma 1, della legge n. 109 del 1994, è quella di garantire la stazione appaltante in ordine al rischio della mancata stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione e che assolve adeguatamente allo scopo suindicato la prestazione di fideiussione in favore dell'impresa designata mandataria, unico soggetto tenuto al suddetto adempimento in nome e per conto proprio e della designata mandante (ex art. 13 comma 5 della stessa legge n. 109/1994).

Una tale tesi, ancorché non investa in modo completo le argomentazioni del TAR, è sufficiente, considerato anche l'effetto devolutivo dell'appello, a contestare il principio di fondo affermato dal giudice di primo grado, secondo il quale, in caso di ATI costituenda, la polizza deve essere intestata a tutte le imprese che intendono costituire il raggruppamento e deve essere da esse sottoscritta, non potendosi altrimenti riferire l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore a tutte le imprese predette, con conseguente menomazione del contenuto della garanzia rispetto a quello voluto dal legislatore.

4. Nella sostanza risulta così ritualmente riproposta la questione di merito sulla quale si incentra l'odierno giudizio e che l'ordinanza n. 84, in data 18 febbraio 2005 del Consiglio di giustizia amministrativa ha rimesso all'esame della Adunanza plenaria, avuto riguardo ai contrastanti orientamenti giurisprudenziali manifestatisi in proposito (in senso favorevole alla tesi dell'appellante, cfr. oltre alla citata decisione C.S., Sez. V 1384/2003; C.S. ord., Sez. VI 10 febbraio 2004 n. 669; CGA, 15 febbraio 2005, n. 64; in senso contrario CGA, 28 gennaio 2002, n. 59 e 11 giugno 2002; C.S., IV, 15 novembre 2004 n. 7380).

II

1. Nel merito va premesso, in punto di fatto, che la ATI **** Costruzioni s.r.l. e **** Costruzioni s.r.l. ha prodotto in gara una polizza fideiussoria, in cui l'Istituto di credito si è costituito "fidejussore solidale in nome e per conto dell'impresa Geom. **** Costruzioni s.r.l, 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 polizza è sottoscritta soltanto dall'Istituto di credito.

2. In ordine alla mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte dei soggetti garantiti e in particolare della capogruppo designata (impresa ****), nella sentenza appellata si rileva, sia pure con cenno sintetico, che la polizza non è stata sottoscritta come sarebbe stato necessario dalle due associate (**** - ****).

Osserva l'appellante che un obbligo congiunto di sottoscrizione è previsto dal legislatore (art.13, comma 5, della legge n.109/1994) per la sola offerta, mentre nulla è previsto in materia di cauzione provvisoria. Sottolinea altresì l'appellante che, nella specie, l'interesse pubblico sotteso alla sottoscrizione della cauzione ai sensi dell'art. 30 comma 1 L. 109/1994 risulta comunque pienamente assicurato allorché l'impresa che abbia sottoscritto la polizza fideiussoria sia stata preventivamente indicata nella offerta come capogruppo.

Le contrapposte argomentazioni non sembrano utili ai fini del decidere.

Nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di credito) ed il beneficiario (qui il Comune di Sinagra) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr.art. 1333 cod.civ.).

Il garantito (nella specie l'A.T.I. costituenda) non è parte necessaria. La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.).

Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito (né della capogruppo né della associata della ATI costituenda) non assume quindi di per sé alcun rilievo e, ove

pure (ma sul punto sono inesatte le affermazioni dell'appellante) la sottoscrizione della capogruppo fosse stata apposta, essa avrebbe evidenziato soltanto i rapporti interni tra la medesima e il garante e, al più indirettamente, avrebbe confermato la sua qualità di unica garantita dalla fideiussione.

3. Decisivo ai fini del decidere è, piuttosto, accertare se la polizza fideiussoria in vertenza, essendo intestata alla sola capogruppo designata e non anche alla mandante, possa ritenersi utile a costituire la cauzione provvisoria, richiesta per la partecipazione alla gara, dal punto 8 del bando, in relazione all'art. 30, comma 1, della legge n. 109/1994 (recepita nella Regione Sicilia con legge regionale 2 agosto 2002, n. 7).

In proposito, secondo la esatta impostazione della ordinanza di rimessione, 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.

A questo proposito si osserva che 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.

4. Più in dettaglio, quanto alla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario, vengono in rilievo gli artt. 13, comma 5 e 30 comma 1 della legge n. 109/1994 s.m.i., in forza dei quali rispettivamente: - è consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti; l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione.

La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo.

Osserva il Collegio che, dal punto di vista letterale e logico, il riferimento al fatto dell'aggiudicatario include, in caso di imprese associate, non solo il fatto della capogruppo, ma anche quello delle mandanti. In particolare, ove trattisi di ATI costituenda, comprende, come detto, anzitutto il fatto delle (designate) mandanti che non provvedano ad assolvere l'impegno di conferire, dopo l'aggiudicazione, il mandato collettivo alla designata capogruppo, impedendo quindi la stipula contrattuale.

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 costituenti sono dunque quella finale della capogruppo (la sottoscrizione del contratto) e quella propedeutica delle mandanti di conferire il mandato.

5. 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 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).

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. Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), in conclusione, il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

5. Per le considerazioni che precedono non risulta regolare la fideiussione prestata da Istituto bancario, per la partecipazione alla gara in vertenza della ATI **** Costruzioni s.r.l. e **** Costruzioni s.r.l..

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 **** Costruzioni non viene esplicitamente menzionata, ma non si fa nemmeno riferimento all'essenziale circostanza che l'impresa **** partecipa all'incanto in qualità di mandataria di una costituenda ATI; addirittura, dal tenore letterale delle espressioni usate, la **** Costruzioni risulta concorrere come se fosse un'impresa singola.

In relazione al contrasto giurisprudenziale, sottostante alla questione di merito come sopra definita, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti private, costituite in giudizio, le spese di questo grado di giudizio.

Nulla per le spese nei confronti del Comune di Sinagra che non si è costituito in giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza plenaria), respinge il ricorso in epigrafe indicato. Compensa tra le parti private le spese di questo grado di giudizio.

Nulla per le spese nei confronti del Comune di Sinagra.

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

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, riunito in Adunanza Plenaria, alla camera di consiglio del 20 giugno 2005 .
Depositata in Segreteria in data 4 ottobre 2005.