

Del tutto correttamente, pertanto, il giudice di primo grado ha ritenuto invalida la cauzione provvisoria prestata dalla ATI , con intestazione soltanto alla suddetta società contraente, in quanto insufficiente a garantire, contestualmente, l'obbligazione delle mandanti di conferire, dopo l'aggiudicazione, il mandato collettivo, all'impresa capogruppo e l'adempimento finale di quest'ultima, di sottoscrivere l'appalto nel nome e nella qualità.

Quali sono le modalità di presentazione della cauzione provvisoria in caso di Ati?

nel caso di partecipazione di ATI, costituenda, la fideiussione bancaria rilasciata a titolo di cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese associate, non essendo sufficiente, a tale fine la sottoscrizione di mandataria e mandanti, occorrendo, al contrario l'intestazione della polizza a mandataria e mandanti, ovvero che siano garantite, con l'obbligazione della mandataria, anche quelle assunte dalle mandanti, determinandosi, in difetto, una carenza di garanzia per la stazione appaltante.

Merita di essere segnalata la decisione numero 1168 del 30 dicembre 2008, emessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana , ed in particolar modo il seguente passaggio

<In tema di validità della garanzia prestata dalla ATI DELTA (II motivo del ricorso incidentale), risolutivo è il richiamo, contenuto negli atti di gara alle modalità di prestazione della cauzione provvisoria di cui all'art. 30 della L. n. 109 del 1994, sulla cui interpretazione il Consiglio non ha ragione di discostarsi dalla interpretazione resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 8 del 5 ottobre 2005 (ricordata anche dalla difesa della aggiudicataria controricorrente) secondo cui, nel caso di partecipazione di ATI, costituenda, la fideiussione bancaria rilasciata a titolo di cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese associate, non essendo sufficiente, a tale fine la sottoscrizione di mandataria e mandanti, occorrendo, al contrario l'intestazione della polizza a mandataria e mandanti, ovvero che siano garantite, con l'obbligazione della mandataria, anche quelle assunte dalle mandanti, determinandosi, in difetto, una carenza di garanzia per la stazione appaltante.

Del tutto correttamente, pertanto, il giudice di primo grado ha ritenuto invalida la cauzione provvisoria prestata dalla ATI capeggiata dai F.lli DELTA s.n.c., con intestazione soltanto alla suddetta società contraente, in quanto insufficiente a garantire, contestualmente, l'obbligazione delle mandanti di conferire, dopo l'aggiudicazione, il mandato collettivo, all'impresa capogruppo e l'adempimento finale di quest'ultima, di sottoscrivere l'appalto nel nome e nella qualità.

La linea interpretativa che l'appellante incidentale ritiene improntata a mero formalismo, investe al contrario la natura stessa della obbligazione fideiussoria, che non è idonea, nel caso in esame, a soddisfare l'esigenza di garanzia richiesta dalla norma speciale e dalla fonte normativa richiDELTATRE, come dimostra il documento prodotto e compiutamente analizzato nella sentenza appellata>

Precedente giurisprudenza

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

E' corretto affermare che nel caso di partecipazione alla gara da parte dell'A.T.I. non ancora costituita, le norme impongono un obbligo di sottoscrizione da parte di tutte le imprese per la sola offerta, mentre non dettano alcuna disposizione in materia di cauzione provvisoria. Se il garante si impegna al pagamento a "semplice richiesta scritta" può far venir meno la necessità che la fidejussione sia "titolata", e cioè faccia espresso riferimento al carattere collettivo della e delle obbligazioni principali ed ai soggetti coobbligati?

il Collegio ritiene che la affermazione secondo cui sarebbe sufficiente garantire una impresa singolarmente indicata perché la garanzia si estenda a tutte le altre eventuali coofferenti, si basi su una 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'atto 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 l'atto 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 ETAtti 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 ETAtto di quel

richiamo, si ha la omogeneità di regime tra obbligazione fidejussoria ed obbligazione principale e solo per ETatto 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 richiDELTATRE la circostanza di fatto della obbligazione principale (e cioè presentazione congiunta dell'offerta da parte di più imprese) da cui discende l'ETatto 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 richiDELTATRE 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 ETAtto 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 ETAtto 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 ETAtto 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, dichiarando 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 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>

Costruzioni, Gangemi Carmelo-Costanza Carmelo, altrettanto non può dirisi per la costituenda associazione GAMMA s.r.l. - GAMMABIS.

In quest'ultimo caso, a differenza dagli altri, la polizza fideiussoria risulta infatti intestata soltanto alla impresa che l'ha sottoscritta.

2. Per le ragioni che precedono - assorbita ogni ulteriore questione - l'appello va respinto.<

A cura di Sonia Lazzini

N. 1168/08 Reg.Dec.

N. 1296 Reg.Ric.

ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 1296 del 2007, proposto dalla

A.T.I. costituenda tra ALFA COSTRUZIONI S.R.L. - capogruppo - in persona del legale rappresentante in carica, con sede in S. Agata Militello (ME) e la ALFA2 INTERNATIONAL s.r.l. - mandante - in persona del legale rappresentante in carica, con sede in contrada Malapezza a Pace del Mela (ME), rappresentate e difese dall'avv. Carmelo Briguglio, con domicilio eletto in Palermo, via D. Trentacoste n. 89, presso Alessandra Allotta;

- APPELLANTE PRINCIPALE -

c o n t r o

l'ASSESSORATO LAVORI PUBBLICI DELLA REGIONE SICILIANA in persona dell'Assessore in carica, l'UFFICIO REGIONALE PER L'ESPLETAMENTO DELLE GARE D'APPALTO DI MESSINA – U.R.E.G.A. e l'ASSESSORATO REGIONALE TERRITORIO ED AMBIENTE, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale

dello Stato di Palermo, presso i cui uffici, in via A. De Gasperi n. 81 sono domiciliati per legge;

nonché

- l'UFFICIO UNICO PIT N. 33 NEBRODI DI SANT'AGATA MILITELLO e l'ENTE PARCO DEI NEBRODI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituiti in giudizio;

e nei confronti di

BETA. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, con sede in Barcellona, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento con la BETA2 IMPIANTI s.r.l, in persona del legale rappresentante in carica, con sede in Milazzo, in proprio e nella qualità di impresa mandante del raggruppamento anzidetto, entrambe rappresentate e difese dall'Avv. Benedetto Calpona, con domicilio eletto in Palermo, via Catania n. 42/B, presso lo studio dell'avv. Santi Migliorino;

- CONTRORICORRENTI e APPELLANTI INCIDENTALI-

- F.LLI DELTA s.n.c. di DELTA VINCENZO, SALVATORE e GIUSEPPE, in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI, con DELTADUE s.r.l. e con DELTATRE COSTRUZIONI s.r.l., nonché DELTATRE COSTRUZIONI s.r.l. (Cooptata), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentate e difese dall'avv. Antonino Gerbino, con domicilio eletto ai fini del presente giudizio presso la Segreteria del Consiglio di Giustizia Amministrativa Siciliana;

- APPELLANTI INCIDENTALI -

- ETA COSTRUZIONI s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda A.T.I. con la ETADUE s.r.l., non costituita in giudizio;

- IMPRESA ETATRE CARMELO, in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con ETATRE s.r.l., non costituita in giudizio;

- COMUNE DI CESARÒ, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;

- COMUNE DI CARONIA, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;

- COMUNE DI SAN FRATELLO, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;

- COMUNE DI CAPIZZI, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione IV della Sezione staccata di Catania n. 1418/2007 del 14 settembre 2007.

Visto il ricorso in appello di cui in epigrafe;

Visto l'appello incidentale della BETA. ed altro;

Visto l'appello incidentale di F.lli DELTA ed altro;

Visti l'atto di costituzione in giudizio delle Amministrazioni, Assessorato lavori pubblici della Regione Siciliana, Ufficio regionale per l'espletamento delle gare d'appalto di Messina – U.R.E.G.A. e Assessorato regionale territorio ed ambiente, nonché delle appellanti incidentali sopra menzionate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Depositato il dispositivo;

Relatore alla pubblica udienza del 17 luglio 2008 il Consigliere Chiarenza Millemaggi Cogliani; uditi, altresì, l'avv. C. Briguglio, l'avv. dello Stato Tutino e l'avv. A. Galasso, su delega dell'avv. B. Calpona;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

F A T T O

1. Con ricorso davanti alla Sezione staccata di Catania del Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia (n. 337/2006 Reg. Gen.), la soc. Fratelli DELTA s.n.c. di DELTA Vincenzo, Salvatore e Giuseppe, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituenda con la mandante DELTADUE s.r.l. e la cooptata DELTATRE Costruzioni s.r.l. impugnava chiedendone l'annullamento, per quanto di ragione, i verbali di gara del 21, 22 e 23 agosto 2006, relativi al pubblico incanto bandito dall'Ufficio Unico P.I.T. n. 33 Nebrodi, per l'aggiudicazione dei lavori del "Sistema di infrastrutturazione e servizi base per la fruizione del Parco. Intervento A", di cui al Bando di gara pubblicato per estratto nella G.U.R.S. n. 27 del 7 luglio 2006, parte II, per l'importo a base d'asta di Euro 3.209.047,02, compresi oneri di sicurezza, nella parte in cui il Seggio di gara della Stazione appaltante, rappresentato dall'U.R.E.G.A. della Provincia di Messina, ha aggiudicato l'appalto all'A.T.I. [Catifra s.r.l. - BETA2](#) Impianti s.r.l. e nella parte in cui aveva escluso l'A.T.I. Pruiti Giuseppe Sebastiano (mandataria) - Cuticchia Antonino (mandante) - Randazzo Servizi Tecnologici (mandante), nonché l'A.T.I. Sistemi Integrati edilizi s.r.l. (mandataria) - Gullotti Restauri e Costruzioni s.r.l. (mandante) - Coemi s.p.a. (mandante) e con essi, la successiva determinazione n. 110 del 29 agosto 2006, con la quale il responsabile dell'Ufficio Unico del PIT n. 33 Nebrodi ha approvato e fatto propria la proposta di aggiudicazione presentata dal Responsabile Servizio Gare e Contratti, determinando, così, l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI Catifra s.r.l. - BETA2

Impianti s.r.l., oltre ad ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ancorché non espressamente conosciuto.

Altro ricorso (n. 3246/2006 Reg. Gen.) è stato proposto, davanti allo stesso giudice, dalla costituenda A.T.I. ALFA Costruzioni s.r.l. (capogruppo mandataria) con ALFA2 International s.r.l. (mandante) nelle persone dei legali rappresentanti di entrambe le società, per l'impugnazione dei medesimi verbali di gara, nella parte in cui sono state ammesse e/o non sono state escluse dalla gara l'A.T.I. costituenda ETA Costruzioni s.r.l. (mandataria) – ETADUE s.r.l. (mandante), l'A.T.I. costituenda F.lli DELTA s.n.c. di DELTA Vincenzo, Giuseppe & Salvatore (mandataria) - DELTADUE s.r.l. (mandante) – DELTATRE Costruzioni s.r.l. (cooptata) e l'A.T.I. costituenda ETATRE Carmelo (mandataria) – ETATRE s.r.l. (mandante), è stata adottata la procedura di esclusione automatica (non esercitabile quando il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque) e di aggiudicazione basata sulla media aritmetica delle offerte rimaste in gara ed è stata, quindi, aggiudicata provvisoriamente la gara all'A.T.I. costituenda Catifra s.r.l. (mandataria) - BETA2 Impianti s.r.l.(mandante) e con essi della nota dell'U.R.E.G.A. di Messina prot. n. 1144 del 24 agosto 2006, con la quale sono stati trasmessi i predetti verbali di gara ed ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o, comunque, consequenziale anche non conosciuto; oltre che per il riconoscimento e la declaratoria del diritto delle ricorrenti al risarcimento dei danni subiti e subendi per ETAtto degli illegittimi provvedimenti impugnati e la condanna delle Amministrazioni pubbliche e/o enti intimati al risarcimento in favore delle ricorrenti, in forma specifica (mediante consegna dell'appalto) e/o per equivalente (mediante corresponsione di un importo monetario non inferiore al 10% dell'importo posto a base d'asta depurato del ribasso offerto dalle ricorrenti, o di quell'altra somma che sarà ritenuta equa e di giustizia ex art. 1226 Cod. Civ., oltre interessi legali e rivalutazione monetaria come per legge), dei predetti danni.

Con motivi aggiunti al suddetto ricorso principale è stato, successivamente chiesto, dai ricorrenti da ultimo menzionati, l'annullamento della determinazione n. 110 del 29 agosto 2006 del Responsabile del procedimento dell'Ufficio Unico PIT Nebrodi, con la quale è stata approvata la proposta di aggiudicazione di cui al verbale di gara n. 5 del 21 – 22 – 23 agosto 2006, avente ad oggetto la gara per l'appalto dei lavori di “Sistema di infrastrutturazione e servizi di base per la fruizione del Parco. Intervento A”.

L'aggiudicataria A.T.I. BETA. s.r.l. si è costituita nei giudizi, proponendo, a sua volta, ricorsi incidentali con i quali gli atti di gara erano impugnati per quanto di ragione, in relazione agli interessi precipi di detta aggiudicataria, e specificamente per contestare l'ammissione alla gara delle due parti appellanti in via principale, la seconda della quali resisteva proponendo a sua volta ricorso incidentale, resistendo ai ricorsi incidentali proposti dall'A.T.I. costituenda BETA. s.r.l. (capogruppo mandataria) – BETA2 Impianti (mandante), e dalla Fratelli DELTA s.n.c. di DELTA Vincenzo, Salvatore e Giuseppe, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituenda con la mandante DELTADUE s.r.l. e la cooptata DELTATRE Costruzioni s.r.l..

Il giudice adito, respinte le istanze incidentali proposte separatamente dalle ricorrenti principali, ha poi riunito i ricorsi chiamati alla medesima pubblica udienza, decidendoli con la sentenza n. 1418/2007 oggetto del presente giudizio di appello, con la quale, decidendo sulla causa rubricata al n. 3137/2006 Reg. Gen., ha accolto il ricorso incidentale della A.T.I Catifra, con riferimento agli articolati motivi con i quali è stata dedotta l'illegitimità della ammissione alla gara della ATI Fratelli DELTA s.n.c. meglio indicata in epigrafe – assorbite le ulteriori censure – ed ha dichiarato inammissibile per difetto di interesse il ricorso principale; decidendo, poi, sulla causa portante il n. 3246 Reg. Gen., ha dichiarato inammissibile il ricorso principale, sulla base della natura endoprocedimentale degli atti impugnati ed irricevibili i motivi aggiunti per tardività dell'impugnazione dell'atto di approvazione definitiva dell'aggiudicazione.

Parimenti, sono stati dichiarati inammissibili i ricorsi incidentali proposti in tale causa dai Fratelli DELTA, per tardività di deposito della copia notificata.

2. Avverso l'anzidetta sentenza ha proposto appello principale la ATI ALFA, deducendo, con articolata censura l'erroneità del procedimento logico giuridico attraverso cui il giudice di primo grado, violando o falsamente applicando le norme applicabili al caso in esame, ha ritenuto tardivamente proposta l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva e, conseguentemente ha dichiarato inammissibile il ricorso principale avverso gli atti endoprocedimentali ed irricevibili i motivi aggiunti.

Sono conseguentemente riproposte, analiticamente tutte le articolate censure dedotte in primo grado, chiedendosene l'accoglimento con l'annullamento degli atti impugnati e le conseguenze del caso, in tema di risarcimento del danno secondo le conclusioni spiegate nell'atto introduttivo.

3. A loro volta, hanno proposto appello incidentale la ricorrente principale sul ricorso iscritto al n. 3246/2004 Reg. Gen. TAR Catania (ATI DELTA s.n.c e sue componenti), lamentando l'omessa considerazione delle censure svolte in primo grado per avversare l'ammis-sibilità/procedibilità del ricorso incidentale dell'aggiudicataria ed il procedimento logico giuridico attraverso cui il giudice di primo grado è pervenuto alla declaratoria di inammissibilità del proprio ricorso principale in primo grado, in relazione a ciascuno dei punti per i quali ha trovato accoglimento il ricorso incidentale della aggiudicataria.

Sono poi riproposte le censure dedotte in primo grado ed avversata la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale sul ricorso riunito n. 3246/06.

4. Anche la ATI BETA. con le sue componenti ha proposto appello incidentale (oltre che controricorso di resistenza) per contestare la declaratoria di irricevibilità/inammissibilità del ricorso incidentale proposto sul ric. n. 3246/06, il suo mancato esame, e riproporre in questa sede il complesso delle censure dedotte in primo grado.

5 Questo Consiglio, respinte le domande incidentali delle due ricorrenti principali in primo grado, ha chiamato la causa alla pubblica udienza del 17 luglio 2008 e l'ha trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Vengono all'esame del Consiglio l'insieme delle questioni relative al pubblico incanto bandito dall'Ufficio Unico P.I.T. n. 33 Nebrodi, per l'aggiudicazione dei lavori del "Sistema infrastrutture e servizi base per la fruizione del Parco" di cui al Bando di gara pubblicato per estratto nella G.U.R.S. n. 27 del 7 luglio 2006, parte II. In tale gara è risultata aggiudicataria la costituenda ATI capeggiata da CA.TI. FRA. s.r.l., portate in primo grado con due separati ricorsi di cui si è sommariamente detto in narrativa.

2.1. L'attuale appellante principale, di cui, con la sentenza appellata sono stati dichiarati rispettivamente inammissibile ed irricevibili, il ricorso principale ed i motivi aggiunti, sostiene sostanzialmente – con articolato motivo di censura con il quale vengono dedotti profili vari di violazione e falsa applicazione di normativa a suo dire applicabile alla procedura di cui trattasi – che non sarebbe inutilmente per essa decorso il termine di impugnazione dell'atto di aggiudicazione definitiva, sulla considerazione che:

- i verbali impugnati le sono stati direttamente notificati dall'UREGA, in quanto seconda graduata, e correttamente (oltre che tempestivamente) sarebbero stati impugnati con la clausola comprensiva che ha esteso l'impugnazione ad "ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o comunque conseguente anche non conosciuto"; d'altra parte, il contesto espositivo rendeva chiara la volontà di impugnare l'aggiudicazione definitiva alla ATI guidata da BETA. s.r.l.,

- sotto differente profilo sarebbe del tutto irrilevante l'omessa indicazione, nel ricorso introduttivo, degli estremi dell'atto di approvazione definitiva della graduatoria (la cui adozione sarebbe stata colposamente taciuta dal Responsabile dell'Ufficio Unico) stante, fra l'altro, l'affidamento nascente dalla disposizione contenuta nell'art. 10, comma 2, D.P.R.S. n. 1/2005, in forza della quale, in caso di mancato provvedimento espresso dalla stazione appaltante, entro il termine dei quindici giorni successivi alla trasmissione del verbale dell'UREGA territorialmente competente all'espletamento della gara, "*il provvedimento di aggiudicazione si intende a tutti gli ETAtti adottato conformemente alla proposta*";

- l'ETAtto ingannevole della mancata (o ritardata) pubblicazione su apposito sito internet (come era stato preannunciato che sarebbe avvenuto) della determinazione di approvazione della proposta (det. n. 110 del 29 agosto 2007);

- l'oggettiva difficoltà, nel nuovo sistema di espletamento delle gare, di rinvenire con esattezza l'esistenza di un dies a quo certo dal quale muovere, per rinvenire la pubblicazione prevista dall'art. 21 bis della L. n. 109/1994;

- a tutto concedere, peraltro, attesa la singolarità della situazione, dovrebbe riconoscersi in questa sede, in favore dell'appellante, la scusabilità dell'errore in cui la medesima è incorsa.

2.2. La questione proposta con il primo motivo di appello è pregiudiziale.

Si rileva al riguardo che l'impugnazione principale di primo grado della attuale appellante è stata proposta con ricorso notificato 13 – 20 novembre 2006, depositato il 24 novembre 2006.

Essa, come precisato in narrativa ha ad oggetto i verbali 21/22/23 agosto 2006 e la nota di trasmissione 114 del 24 agosto 2006 all'Ufficio unico P.I.T., ma non comprende, con ogni evidenza (e, come del resto pacificamente ammesso dalla attuale appellante), l'impugnazione della già tempestivamente adottata determina n. 110 del 29 agosto 2006, pubblicata all'Albo dell'Ente parco dei Nebrodi, in Baronia, via R. Orlando, dal 30 agosto 2006 al 13 settembre 2006.

Nella descritta situazione, il complesso degli argomenti e delle censure addotte dalla appellante avverso la declaratoria di inammissibilità-irricevibilità, rispettivamente del ricorso principale e dei motivi aggiunti appare totalmente destituita di fondamento, dal momento che, pur tenendo conto del particolare sistema vigente nella regione siciliana, non può revocarsi in dubbio che la proposta di aggiudicazione non é destinata ad assumere valore di provvedimento definitivo di aggiudicazione (non perde, pertanto, la natura ed il valore di atto endoprocedimentale) ove il provvedimento esplicito della stazione appaltante sia stato adottato nei termini prescritti e pubblicato, poi, in conformità a quanto prescritto da apposita normativa regionale, primaria e secondaria, che non richiede, di tale atto, la comunicazione personale all'aggiudicatario ed al secondo classificato (richiesta invece e nella specie correttamente attuata, per la proposta), né dispone altre forme di pubblicità sostitutiva (inserimento nel sito internet della stazione appaltante).

Ne consegue che la validità delle ragioni poste dal giudice di primo grado alla base della dichiarata irricevibilità dei motivi aggiunti con i quali è stata impugnata la determina dell'Ente Parco e sulla inammissibilità del ricorso introduttivo (notificato e depositato allorché la determina in questione era già stata adottata) non è incisa dalle censure rivolte con l'atto di appello, che, pertanto, assorbita ogni altra questione, deve essere respinto, non potendosi accordare l'errore scusabile con riferimento ad una fattispecie pacificamente disciplinata da normativa che non lascia spazio, per i profili che interessano, ad alcun dubbio interpretativo, e ad una situazione di "non conoscenza" cui l'interessata avrebbe potuto ovviare con l'uso della ordinaria diligenza.

3. Del pari infondato è l'appello incidentale proposto dalla ATI capeggiata dai F.lli DELTA s.n.c.(meglio indicata in epigrafe).

Legittimamente il giudice di primo grado ha omesso di pronunciarsi in ordine ad una eccezione, il cui esame era di per sé palesemente condizionato a quello delle preliminari

censure avverso l'ammissione alla gara della ricorrente principale in primo grado, come regolarmente opposta dall'aggiudicataria con rituale e tempestivo ricorso incidentale.

E', pertanto, destituita di giuridico fondamento la censura di omessa pronuncia su un punto decisivo della controversia, essendo pienamente condivisibile la priorità attribuita, nell'esame delle questioni, dal giudice di primo grado - coerentemente (d'altra parte) all'ordine impresso dalla stessa ricorrente incidentale - essendo oltretutto logicamente assorbenti, in tema di pubbliche procedure, motivi di impugnazione volti a precludere, in radice, l'esame delle censure di merito avverso l'aggiudicazione.

Anche in questo grado del giudizio, devono essere preliminarmente esaminate le censure avverso la declaratoria di inammissibilità del ricorso proposto in primo grado dalla ATI capeggiata da DELTA s.n.c., nessuna delle quali, peraltro, può essere condivisa.

In tema di validità della garanzia prestata dalla ATI DELTA (II motivo del ricorso incidentale), risolutivo è il richiamo, contenuto negli atti di gara alle modalità di prestazione della **cauzione** provvisoria di cui all'art. 30 della L. n. 109 del 1994, sulla cui interpretazione il Consiglio non ha ragione di discostarsi dalla interpretazione resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 8 del 5 ottobre 2005 (ricordata anche dalla difesa della aggiudicataria controricorrente) secondo cui, nel caso di partecipazione di ATI, costituenda, la fideiussione bancaria rilasciata a titolo di **cauzione** provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese associate, non essendo sufficiente, a tale fine la sottoscrizione di mandataria e mandanti, occorrendo, al contrario l'intestazione della polizza a mandataria e mandanti, ovvero che siano garantite, con l'obbligazione della mandataria, anche quelle assunte dalle mandanti, determinandosi, in difetto, una carenza di garanzia per la stazione appaltante.

Del tutto correttamente, pertanto, il giudice di primo grado ha ritenuto invalida la **cauzione** provvisoria prestata dalla ATI capeggiata dai F.lli DELTA s.n.c., con intestazione soltanto alla suddetta società contraente, in quanto insufficiente a garantire, contestualmente, l'obbligazione delle mandanti di conferire, dopo l'aggiudicazione, il mandato collettivo, all'impresa capogruppo e l'adempimento finale di quest'ultima, di sottoscrivere l'appalto nel nome e nella qualità.

La linea interpretativa che l'appellante incidentale ritiene improntata a mero formalismo, investe al contrario la natura stessa della obbligazione fideiussoria, che non è idonea, nel caso in esame, a soddisfare l'esigenza di garanzia richiesta dalla norma speciale e dalla fonte normativa richiDELTATRE, come dimostra il documento prodotto e compiutamente analizzato nella sentenza appellata.

Il motivo, pertanto, deve essere respinto.

La natura assorbente delle considerazioni che precedono esime il Consiglio dal procedere all'esame del terzo motivo di appello, avverso l'ulteriore ragione di esclusione dalla gara, sulla cui base ha trovato accoglimento, in primo grado, il ricorso incidentale

dell'aggiudicatario, non potendo, l'attuale appellante incidentale, trarre alcuna utilità dall'eventuale accoglimento del suddetto motivo.

4. In definitiva, l'appello principale e quello incidentale della ATI F.lli DELTA s.n.c., devono essere respinti sulla base delle considerazioni che precedono, restando assorbita ogni ulteriore questione.

Ne consegue l'improcedibilità, per sopravvenuto difetto di interesse, dell'appello incidentale proposto dall'aggiudicataria.

Sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese di questo grado di giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e l'appello incidentale proposto da F.lli DELTA s.n.c. di DELTA Vincenzo, Salvatore e Giuseppe in proprio e nella qualità ed altro; dichiara improcedibile l'appello incidentale di BETA s.r.l. ed altro.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Palermo, il 17 luglio 2008, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei Signori: Pier Giorgio Trovato, Presidente, Chiarenza Millemaggi Cogliani, estensore, Pietro Falcone, Antonino Corsaro, Pietro Ciani, componenti.

F.to: Pier Giorgio Trovato, Presidente

F.to: Chiarenza Millemaggi Cogliani, Estensore

F.to: Maria Assunta Tistera, Segretario

Depositata in segreteria

il 30 dicembre 2008