

La cauzione provvisoria quale parte integrante dell'offerta (TAR Sent. N. 00863/2012)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Sussiste l'obbligo del fideiussore di richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente

nelle gare pubbliche la garanzia di cui deve essere corredata l'offerta a norma dell'art. 75, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163

essa assolve non certo una funzione meramente formale ma ha il chiaro scopo di garantire la serietà dell'offerta stessa e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente.

La giurisprudenza ha precisato al riguardo che "in quanto tale, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa"

Se è necessario che la polizza fideiussoria sia intestata a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento, di conseguenza il Raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla Amministrazione per difformità dell'offerta da quanto prescritto dalla lex specialis e per violazione dell'art. 75 del codice dei contratti

Nella specie, la garanzia per la partecipazione alla gara, presentata da Ricorrente, risulta intestata solo alla designata mandataria e non anche alla mandante e, peraltro, l'impegno ad assumere la garanzia

definitiva è assunto unicamente nell'interesse di Ricorrente, senza riferimento né alla mandante né all'offerente raggruppamento di imprese

In forza delle considerazioni iniziali la società ricorrente, in quanto mandataria di un raggruppamento di imprese che doveva essere escluso dalla procedura di gara, non può contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali. Infatti "il suo interesse, da qualificare di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta nel caso di riedizione della medesima gara."

Passaggio tratto dalla sentenza numero 863 del 26 gennaio 2012 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

DA ULTIMO SI LEGGA

sentenza numero 70 del 13 gennaio 2012 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

decisione numero 5959 dell'11 novembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

sentenza numero 6279 del 12 luglio 2011 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

GIURISPRUDENZA SEGNALATA

Consiglio di Stato con la decisione 3746 del 12 giugno 2009

Consiglio di Stato con la decisione 4655 del 25 luglio 2006

Consiglio di Stato con la decisione numero 3660 del 19 giugno 2006

Ricorso per violazione e falsa applicazione dell'art. 75, d.lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 3 e 11 del Capitolato in tema di cauzione provvisoria, nonché eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche, con particolare riguardo ad i profili già sopra specificati, poiché l'impegno del fideiussore, richiesto a pena di esclusione dal comma 8 dell'art. 75 menzionato, espressamente richiamato dal capitolato, è stato assunto unicamente nell'interesse di Ricorrente senza alcun riferimento né alla mandante né all'offerente e poiché Ricorrente, al fine di fruire della dimidiazione dell'importo della cauzione provvisoria, ha segnalato il possesso della certificazione di qualità, producendo tuttavia una mera copia fotostatica senza autocertificarne l'autenticità, con le modalità di legge

deve trovare prioritario esame il quarto motivo del ricorso incidentale inteso a contestare la corretta presentazione dell'offerta da parte della ricorrente con riferimento alla cauzione provvisoria, sia con riferimento all'art. 75, d.lgs. n. 163 del 2006, sia con riguardo agli artt. 3 e 11 del Capitolato che alla predetta norma fanno espresso richiamo.

Infatti, nelle gare pubbliche la garanzia di cui deve essere corredata l'offerta a norma dell'art. 75, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, assolve non certo una funzione meramente formale ma ha il chiaro scopo di garantire la serietà dell'offerta stessa e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente. La giurisprudenza ha precisato al riguardo che "in quanto tale, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa" (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746).

Il motivo prospettato dal ricorrente incidentale è fondato e deve essere condiviso.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che nel caso di partecipazione di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ad una gara di appalto, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, ciò al fine di evitare il configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti. Conseguentemente, il fideiussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti coperti dalla cauzione provvisoria, deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente, e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara. (Consiglio Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005 , n. 8).

Nella specie, la garanzia per la partecipazione alla gara, presentata da Ricorrente, risulta intestata solo alla designata mandataria e non anche alla mandante e, peraltro, l'impegno ad assumere la garanzia definitiva è assunto unicamente nell'interesse di Ricorrente, senza riferimento né alla mandante né all'offerente raggruppamento di imprese (cfr. doc. 5 e doc. 6 allegati al ricorso incidentale).

Orbene, non si disconosce che nel tempo il giudice amministrativo ha anche, talora, espresso orientamenti difformi, in forza dei quali si è detto che in caso di associazione temporanea di imprese non ancora costituita, ove la garanzia fideiussoria sia prestata dalla sola impresa mandataria, non è necessario che essa sia intestata a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento (Consiglio Stato , sez. VI, 4 giugno 2007 , n. 2951).

Tuttavia ritiene il Collegio di aderire alla interpretazione affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza sopra richiamata secondo la quale, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti, stante l'esigenza di assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia fideiussoria di fronte ai possibili inadempimenti.

Ne consegue che sussiste l'obbligo del fideiussore di richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente (cfr. anche Cons., Stato, V. 25 luglio 2006, 4655; IV 19 giugno 2006, n. 3660).

Appare, pertanto, necessario che la polizza fideiussoria sia intestata a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento, con la conseguenza che il Raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla Amministrazione per difformità dell'offerta da quanto prescritto dalla lex specialis e per violazione dell'art. 75 citato.

Per quanto sin qui osservato, il ricorso incidentale deve essere accolto, rimanendo assorbiti gli ulteriori motivi in esso prospettati ed i relativi motivi aggiunti, con conseguente annullamento della graduatoria finale stilata dalla Commissione e dei verbali di gara impugnati incidentalmente nella parte in cui non prevedono l'esclusione del RTI Ricorrente.

In forza delle considerazioni iniziali la società ricorrente, in quanto mandataria di un raggruppamento di imprese che doveva essere escluso dalla procedura di gara, non può contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali.

Infatti "il suo interesse, da qualificare di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta nel caso di riedizione della medesima gara." (Consiglio Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2011 , n. 127).

§§§§§§§§§§§§§§§§§§

DA ULTIMO SI LEGGA

sentenza numero 70 del 13 gennaio 2012 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

NONOSTANTE LA TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE, LA POLIZZA FIDEIUSSORIA NON CORRETTAMENTE INTESTATA, COMPORTA L'ESCLUSIONE

nel caso di A.T.I. costituenda, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara

GIUSTO UN'OSSERVAZIONE

Il provvedimento di esclusione è del 10 novembre 2011.

La norma sulla tassatività delle cause di esclusione è entrata in vigore il 14 maggio 2011.

Quindi c'è da presumere che la presente controversia sia sotto regime del decreto sviluppo.

Ciò significa che l'adito Tar Siciliano ha ritenuto che, nonostante l'onere di intestare la cauzione provvisoria a tutte le componenti dell'Ati non derivi direttamente dalla norma, ma dalla giurisprudenza (e dal buon senso), va esclusa l'Ati la cui polizza provvisoria sia intesta ad una sola impresa.

Questo è già un passo avanti rispetto ad altri Tar che ritengono non legittime le esclusioni in caso di fideiussioni provvisorie "pasticciate"

perché diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti; la fideiussione deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione e deve garantire non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara (Cons. Stato Ad. Plen. 8/2005; Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2011 n. 5841; T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 14 settembre 2007, n. 1418 e 5 ottobre 2006, n. 1618).

RILEVATO che nel caso di specie, invece, la fideiussione è stata rilasciata solo in favore della RICORRENTE di Ricorrente P., della Ricorrente 2 s.r.l., della Ricorrente 4, non anche dell'altra impresa Ricorrente 3, a nulla valendo la successiva documentazione integrativa presentata solo successivamente alla presentazione dell'offerta, poiché nel caso di specie non si tratterebbe di sanare mere irregolarità formali ma di aggiungere all'intestazione della polizza allegata all'offerta anche la quarta associata e l'accettazione di tale documento ove presentato rappresenterebbe una chiara violazione della par condicio (cfr da ultimo T.A.R. Lombardia Garante, sez. I, 11 febbraio 2011, n. 449)

§§§§§§§§§§

decisione numero 5959 dell'11 novembre 2011 pronunciata dal Consiglio di Stato

Non può essere accettata la cauzione provvisoria intestata solo alla mandataria

nel caso di partecipazione alla gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, la polizza fideiussoria deve essere intestata a tutte le imprese componenti il costituendo raggruppamento di imprese al fine di costituire la cauzione provvisoria richiesta per la partecipazione alla gara

il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di

Settori speciali: il richiamo all'articolo 113 del codice dei contratti implica anche l'applicazione dell'articolo 75

quindi, devono ritenersi applicabili, quali norme non obbligatorie ma in quanto richiamate dalla stazione appaltante, sia l'art. 113 del codice degli appalti, espressamente e direttamente menzionato nella lex specialis di gara, sia l'art. 75, sia perché indirettamente richiamato, sia per coerenza interpretativa.

La polizza fideiussoria, con cui viene prestata la cauzione provvisoria da parte di un costituendo raggruppamento, deve essere intestata a tutte le imprese partecipanti, per la necessità di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, determinandosi, in difetto, una carenza di garanzia nei confronti della Stazione appaltante e non essendo a tal fine sufficiente neppure la sottoscrizione da parte dell'impresa mandataria e della mandante, peraltro assenti nel caso di specie.

Tratto dalla sentenza numero 6279 del 12 luglio 2011 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

Con il gravame spiegato in via incidentale l'impresa aggiudicataria ha dedotto i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione del punto III.2.2 lett. b) relativo alla presentazione di dichiarazioni bancarie.

2) violazione della lex specialis, punto III.1.1 del bando e punto 1 pag. 4 della lettera d'invito - violazione dell'obbligo per il concorrente di presentare la documentazione relativa all'offerta in lingua italiana - violazione e falsa applicazione dell'art. 75 e dell'art. 112 del d.lgs n. 163/2006 relativamente alla presentazione di garanzia fideiussoria;

3) violazione della *lex specialis* per mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica;

4) violazione del bando di gara e della lettera di invito in relazione alla "Busta 1 - Documentazione amministrativa";

5) violazione della lettera di invito in materia di "Documentazione tecnica", dell'art. 2 del d.lgs n. 163/2006 e della par condicio dei concorrenti.

Delle censure complessivamente passate in rassegna - ciascuna delle quali, singolarmente considerata, è del tutto autonoma sul piano logico-giuridico rispetto alle altre e parimenti idonea, se fondata, a determinare l'accoglimento dell'impugnativa spiegata in via incidentale, con assorbimento delle rimanenti censure - il Collegio, per esigenze di economia processuale, ritiene opportuno esaminare direttamente la seconda doglianza, attenendo a questione che, concettualmente, presenta una certa linearità.

Con essa Beta Ltd lamenta la circostanza che la ricorrente principale sarebbe incorsa nella violazione delle norme che disciplinano la cauzione provvisoria nelle gare di appalto, in quanto il testo della fideiussione rilasciata da GARANTE a Ove Alfa & International Ltd non conterrebbe un'attestazione idonea a garantire, insieme all'obbligazione in favore della mandataria, anche quella assunta dalla mandante, Alfa Italia S.r.l.

Ciò si porrebbe in contrasto con il consolidato ed indiscusso orientamento giurisprudenziale il quale richiede che la polizza fideiussoria, con cui viene prestata la cauzione provvisoria da parte di un costituendo raggruppamento, deve essere intestata a tutte le imprese partecipanti, per la necessità di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi, determinandosi, in difetto, una carenza di garanzia nei confronti della Stazione appaltante e non essendo a tal fine sufficiente neppure la sottoscrizione da parte dell'impresa mandataria e della mandante, peraltro assenti nel caso di specie.

Il motivo è meritevole di adesione.

In giurisprudenza si è da tempo affermato il principio (che origina dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato, 4.10.2005, n. 8; cfr., in seguito: CGA Sicilia, 31.12.2007, n. 1177; id., 30.12.2008, n. 1168; Cons. Stato, VI, 21.04.09, n. 2400; id., 28.05.2010 n. 3401; id., 30.6.2011, n. 3924) per cui, nel caso di partecipazione di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ad una gara di appalto, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle società mandanti. Ciò, al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma, appunto, dalle mandanti (Cons. Stato, Ad.Pl. n. 8/2005; Cons. Stato, VI, 23 luglio 2009, n. 4648).

La stessa giurisprudenza ha precisato, peraltro, che il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia in parola, deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente, e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento (Consiglio Stato Ad. Pl., 4 ottobre 2005, n. 8). Una siffatta condizione non risulta soddisfatta nel caso all'esame del Collegio.

Dal testo della fidejussione rilasciata in data 5 maggio 2010 da GARANTE a Ove Alfa & International Ltd. si desume, invero : - che la società ha stipulato la scrittura fideiussoria nella qualità di capogruppo del raggruppamento formato unitamente alla Alfa Italia s.r.l., in procinto di partecipare alla gara per l'affidamento dell'appalto in controversia; - che per il conferimento dell'incarico è richiesto il rilascio di una cauzione provvisoria; - che la banca si costituisce fideiussore solidale della predetta società; che la garanzia prestata vincola la Banca "in caso di inadempimento della medesima [contraente: n.d.r.] agli obblighi assunti".

La formulazione usata, facendo specifico riferimento "agli obblighi assunti" dalla contraente medesima, non sembra idonea a garantire la stazione appaltante, in via generale, con riferimento a tutte le ipotesi di

inadempimento, comprese quelle in cui il mancato adempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma appunto dalle mandanti.

Essa pertanto non risponde ai requisiti richiesti per la presentazione della cauzione nelle procedure pubbliche di gara.

Né può affermarsi, in contrario, che l'art. 75 del d.lgs n. 163/2006 (in seguito, Codice degli Appalti) - che disciplina la cauzione provvisoria presentata dai concorrenti nelle gare d'appalto - non troverebbe applicazione per la gara in questione, in quanto avente ad oggetto servizi nei settori speciali di rilevanza comunitaria.

Al riguardo, osserva il Collegio che a norma dell'Art 206, comma 1, del Codice degli Appalti, ai contratti pubblici riguardanti lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria si applicano "esclusivamente" le disposizioni del Codice che sono nello stesso indicate, tra le quali l'art. 75 predetto certamente non figura.

Tuttavia, nel successivo comma 3 si stabilisce che "Nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta."

E nel bando di gara, al punto III.1.1, per la garanzia fideiussoria definitiva - di cui la garanzia provvisoria è un necessario presupposto - viene richiamato espressamente l'art. 113 del Codice degli Appalti il quale, dal canto suo, in diversi punti rinvia proprio all'art. 75.

Nella procedura in esame, quindi, devono ritenersi applicabili, quali norme non obbligatorie ma in quanto

richiamate dalla stazione appaltante, sia l'art. 113 del codice degli appalti, espressamente e direttamente menzionato nella lex specialis di gara, sia l'art. 75, sia perché indirettamente richiamato, sia per coerenza interpretativa.

Stanti le superiori considerazioni, che hanno condotto a ritenere il testo della fidejussione prestata per la odierna ricorrente principale non rispondente ai requisiti richiesti per la presentazione della cauzione provvisoria nelle procedure pubbliche di gara, la costituenda ATI Alfa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Il motivo in rassegna è dunque fondato e, in ragione del suo carattere assorbente, il Collegio, assorbita ogni altra censura e deduzione, deve accogliere il ricorso incidentale e, per l'effetto, annullare gli atti di ammissione e di favorevole valutazione della offerta della odierna ricorrente nella procedura de qua.

All'accoglimento del gravame proposto in via incidentale consegue, necessariamente, la declaratoria di improcedibilità del ricorso introduttivo, per difetto di legittimazione ed interesse in capo alla società Alfa Italia s.r.l., in quanto la stessa non è legittimata ad impugnare gli esiti della gara dalla quale, per le considerazioni svolte, avrebbe dovuto essere esclusa.

GIURISPRUDENZA SEGNALATA

decisione numero 3746 del 12 giugno 2009, inviata per la pubblicazione in data 19 giugno 2009, emessa dal Consiglio di Stato

l'obbligo di corredare l'offerta con la cauzione provvisoria è posto direttamente da una disposizione di legge (art. 75 d.lgs. 163/06) di natura cogente e auto applicativa: l' onere della ricorrente di integrare la documentazione inerente all'offerta con la polizza attestante il pagamento della cauzione provvisoria doveva considerarsi sussistente in capo al partecipante alla gara indipendentemente dalla sua espressa menzione nella lettera d'invito o nel bando

L'esclusione da una licitazione privata per omessa presentazione dell'attestato del deposito cauzionale provvisorio pari al 2% dell'importo totale a base d'asta.

Nell'appello e nella successiva memoria difensiva la società ricorrente censura la sentenza di erroneità e sostiene che l'inosservanza della lex specialis della gara implica la nullità dell'offerta solo in relazione alle prescrizioni previste a pena di nullità. L'art. 75 D.Lgs. 163/2006, non rivestirebbe, inoltre carattere cogente o autoapplicativo, e la sua inosservanza non comporta nullità dell'offerta, specie se inerente la cauzione provvisoria, non sempre richiesta nelle procedure ristrette, dove la stazione appaltante, sovente, chiede soltanto il deposito cauzionale definitivo. Alla società ricorrente non era, infine, pervenuta la nota in data 24 maggio 2007, n. 1942 di integrazione del bando di gara con la costituzione della cauzione provvisoria né la stazione appaltante aveva dato prova della sua ricezione da parte della concorrente: cosa ne pensa il Consiglio di Stato?

Nessuno degli argomenti dell'appellante può essere condiviso. Secondo la costante giurisprudenza, la garanzia del due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, di cui deve essere corredata l'offerta a norma dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006, assolve allo scopo di garantirne la serietà e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente (Cons. Stato, VI, 30 settembre 2004, n. 6347; Cons. Stato, V, 28 giugno 2004, n. 4789). In quanto tale, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa che la stazione appaltante possa liberamente richiedere (Cons. Stato, IV, 15 novembre 2004, n. 7380), salvo vanificare il disposto dell'art. 48 D.Lgs. n. 163/2006 circa il potere-dovere delle stazioni appaltanti di escutere la cauzione provvisoria previa la esclusione dalla gara e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza, a carico dell'offerente che non abbia comprovato il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara ovvero non confermato le dichiarazioni

contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta. _ Ancora in quanto tale, la cauzione provvisoria è nettamente distinta da quella definitiva che l'esecutore del contratto è obbligato a costituire in misura pari al dieci per cento (10%) dell'importo contrattuale e con le modalità dell'art. 113 D.Lgs. n. 163/2006, al momento dell'aggiudicazione che adempie alla funzione di garantire l'obbligo di stipulare il relativo contratto e la corretta esecuzione delle opere (Cons. Stato, IV, 08 ottobre 2007, n. 5222). _ E' perciò da disattendere l'affermazione dell'appellante che la cauzione provvisoria costituisca una forma di garanzia della quale la stazione appaltante sia libera di avvalersi o meno, richiedendo soltanto la cauzione definitiva. _ In relazione alla funzione di vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall'amministrazione, in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto, la prestazione della cauzione provvisoria deve essere necessariamente contemplata dalla lex specialis, perché diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario, predeterminando la conseguenza dell'inadempimento con la liquidazione forfetaria del danno e prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dall'amministrazione appaltante (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6362; Cons. Stato, IV, 30 gennaio 2006, n. 288).

Da quanto sinora chiarito, risulta, per un verso la legittimità del comportamento della Stazione Appaltante che con la determinazione n. 18961 del 23 maggio 2007 inviata a mezzo fax, con nota datata 24 maggio 2007, ha integrato la lettera d'invito con la costituzione del deposito cauzionale provvisorio pari al 2% dell'importo totale a base d'asta e, per altro verso la legittimità dell'esclusione dalla gara della ricorrente nonostante il fax in questione non le sia mai pervenuto. _ L'integrazione da parte della stazione appaltante della lex specialis della gara con clausole precedentemente omesse, rappresenta un atto dovuto allorché le stesse abbiano carattere obbligatorio in applicazione del principio di eterointegrazione dei documenti di gara con i contenuti imposti dalla legge. _ In relazione alla loro natura cogente, tali clausole vincolano alla loro osservanza i partecipanti alla gara indipendentemente dalla loro comunicazione, che sia pure effettuata dalla Stazione appaltante in conformità a precetti di trasparenza non esime le partecipanti dall'adempimento tempestivo dei relativi oneri ancorché non esplicitati dalla lex specialis perché essenziali alla validità dell'offerta, pena la sua inammissibilità. _ Nel novero delle clausole predette rientra sicuramente quella relativa alla cauzione provvisoria che deve corredare l'offerta a norma dell'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006, data la sua funzione, essenziale alla partecipazione alla gara, di garantire la liquidazione preventiva del danno qualora il concorrente risulti privo dei requisiti o rifiuti di stipulare il contratto, una volta divenuto aggiudicatario. _ In considerazione del carattere vincolato dell'esclusione in

assenza della tempestiva prova del pagamento della cauzione provvisoria, correttamente, pertanto, la Commissione di gara ha confermato la non ammissione alla procedura della società ricorrente, nonostante la mancanza di prova della ricezione del telefax del 24 maggio 2007, con il quale la lettera d'invito era stata integrata con la costituzione del deposito cauzionale provvisoria.

Associazione per cooptazione:

nel caso di ipotesi regolata da 4° comma dell'art. 95 del D.p.r. 554/99 (norma che resta "viva" anche con il nuovo codice degli appalti a norma dell'articolo 257) il quale consente alla singola impresa o all'associazione temporanea da costituire, che abbiano i requisiti prescritti per partecipare alla gara, di associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultime non superiori il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati, la cauzione provvisoria basta sia intestata alla ditta "capogruppo", diversamente dalle altre ipotesi, di costituenda associazione temporanea ordinaria (di tipo verticale od orizzontale) secondo cui la garanzia fideiussoria provvisoria, deve essere intestata a tutte le associate (senza bisogno della loro firma), che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara

Il Consiglio di Stato con la decisione 4655 del 25 luglio 2006 ci insegna che:

<Il Collegio non ha motivi per discostarsi dal recente orientamento espresso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio nella decisione n. 8 del 4.10.2005, secondo cui la garanzia fideiussoria, nel caso di ATI costituente, deve 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.

Invero, detto principio si riferisce all'ipotesi di una costituenda associazione temporanea ordinaria (di tipo verticale od orizzontale) di cui all'art. 95, commi 2 e 3, D. L.vo 21.12.1999 n. 554, mentre nel caso in esame si tratta dell'ipotesi regolata da 4° comma del menzionato articolo, il quale consente alla singola impresa o all'associazione temporanea da costituire, che abbiano i requisiti prescritti per partecipare alla gara, di associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando, a condizione che i lavori eseguiti da quest'ultime non superiori il 20% dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni posseduto da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati.

In quest'ultimo caso, si è in presenza della c.d. associazione per cooptazione, già contemplata dall'art. 23, 6° comma, D. L.vo 19.12.1991 n. 406, che ha lo scopo di far entrare nel sistema degli appalti pubblici imprese di modeste dimensioni che altrimenti non potrebbero parteciparvi per mancanza dei requisiti prescritti per costituire un'associazione ordinaria (cfr. la decisione di questa Sezione n. 3129 dell'11.6.2001).

Nella specie, nel partecipare alla gara vi era stata espressa dichiarazione della futura aggiudicataria, in possesso da sola dei prescritti requisiti, ad associare un'altra ditta ai sensi dell'art. 95, 4° comma D.P.R. n. 554/1999, con impegno a non eseguire più del 20 % dell'importo complessivo dei lavori, e di conseguenza la ditta associatasi ha assunto nei confronti della stazione appaltante solo un ruolo secondario che non abbisogna di essere coperto dalla garanzia fideiusoria. >

Consiglio di Stato con la decisione numero 3660 del 19 giugno 2006

La necessità dell'intestazione della polizza fideiussoria anche alle imprese mandanti della costituenda ati deriva dall'esigenza di coprire i rischi attinenti ai casi in cui l'inadempimento sia ascrivibile a queste ultime

Bisogna quindi, di evitare che la stazione appaltante resti sprovvista di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) risulti addebitabile ad una o più imprese mandanti.

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

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

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

<Così illustrate le ragioni per le quali la polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria deve essere intestata, a pena di esclusione, anche alle mandanti della costituenda ati, resta da chiarire che anche la disciplina di gara, là dove imponeva alle concorrenti la prestazione, quale cauzione provvisoria, di fideiussione bancaria (punto 5.1 della lettera di invito), prescriveva l'adempimento nei termini appena chiariti, dovendosi leggere la citata clausola come indirizzata a tutte le concorrenti, ancorché destinate ad associarsi successivamente in ati.>

inoltre, il giudice di Palazzo Spada non ha dubbi, la cauzione non poteva essere successivamente regolarizzata:

<la produzione di una polizza intestata anche all'impresa mandante integra, infatti, un adempimento sostanziale successivo, e non il completamento di un documento solo formalmente carente, ad una precisa prescrizione di gara rivolta anche all'impresa rimasta inadempiente e si riferisce ad una regola partecipativa la cui inosservanza risulta espressamente sanzionata, nella lettera di invito, con l'esclusione.>

questo poiché:

<La possibilità di integrare successivamente la documentazione prodotta con la domanda di partecipazione alla gara o, comunque, con l'offerta, invocata in via sostanziale dalla società e negata dall'amministrazione, incontra, invero, un duplice limite:

- a) la regolarizzazione deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali
- ; b) la regolarizzazione non può mai riguardare produzioni documentali violative di prescrizioni del bando (o della lettera di invito) presidiate dalla comminatoria di esclusione >

Riportiamo qui di seguito il testo integrale della sentenza numero 863 del 26 gennaio 2012 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

<https://www.diritto.it/la-cauzione-provvisoria-quali-parte-integrante-dell-offerta-tar-sent-n-008632012/>