

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29750-deve-negarsi-equipollenza-tra-la-cauzione-prestata-con-espresso-richiamo-alla-natura-collettiva-della-partecipazione-alla-gara-di-pi-imprese-facenti-parte-di-una-costituenda-ati-richiesta-dalla-l>

Autore: Lazzini Sonia

**Deve negarsi equipollenza tra la cauzione prestata con  
espresso richiamo alla natura collettiva della  
partecipazione alla gara di più imprese facenti parte di una  
costituenda ATI, richiesta dalla legge di gara e le cui  
ragioni sono ampiamente illustrate n**

**C.St. 28.05.2010 n. 3401**

Deve negarsi equipollenza tra la cauzione prestata con espresso richiamo alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese facenti parte di una costituenda ATI, richiesta dalla legge di gara e le cui ragioni sono ampiamente illustrate nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4.10.2005, n. 8, e quella rilasciata in favore di una singola impresa, senza alcun riferimento alla qualità di mandataria di costituenda ATI, a prescindere dal carattere "a prima richiesta".

Il contratto autonomo di garanzia , invero , è caratterizzato dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia (art. 1945 c.c.) poichè una parte si obbliga a titolo di garanzia ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità e dall'efficacia del rapporto di base, con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni (ex multis, Cass. civ. Sez. III, 28.2.2007, n. 4661; 12.12.2008, n. 29216 ; 22.2.2010, n. 4200).

**la cauzione senza eccezioni prestata in favore di impresa singolarmente considerata e nominata , senza alcun riferimento alla costituenda ATI fra più imprese chiaramente individuate, sebbene idonea a svincolare la garanzia dal rapporto obbligatorio di base in relazione alla sola obbligazione dell'impresa futura mandataria, non soddisfa le medesime finalità nei confronti delle obbligazioni assunte dalle altre imprese associande in ATI e, quindi, non può considerarsi corrispondente a quella richiesta dal bando a pena di esclusione.**

Venendo alle censure rivolte contro la statuizione nel merito, deve respingersi, perché infondato, l'articolato motivo, ampiamente sviluppato anche nelle memorie, con cui l'appellante sostiene che la prestazione di cauzione provvisoria intestata alla sola Ricorrente - come singola impresa anzichè alle imprese partecipanti alla costituenda ATI - per la sua natura di contratto autonomo di garanzia, idoneo a garantire il pagamento senza possibilità di opporre eccezioni, risponderebbe ai requisiti richiesti dal bando , differenziandosi dalla fattispecie decisa con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 ottobre 2005, n. 8 .

In merito, anche parte appellata non obietta che la cauzione prestata dall'Istituto bancario rientri tra i contratti autonomi di garanzia, peraltro obbligatoriamente prescritti dalla disciplina di settore, ma rileva che in nessun modo risulta che la banca intendesse garantire l'adempimento di soggetti diversi ed ulteriori rispetto alla Ricorrente assolutamente estranei alla garanzia bancaria perché non menzionati.

Va, preliminarmente, osservato che a seguito del deposito della traduzione in lingua italiana della garanzia bancaria presentata in gara, può effettivamente constatarsi che essa fu prestata esclusivamente in nome e per conto della ditta Ricorrente s.p.a. e che nessun riferimento essa contiene al suo ruolo di mandataria di una costituenda ATI, né tantomeno alle singole imprese costituenti in ATI.

Ciò premesso, deve negarsi equipollenza tra la cauzione prestata con espresso richiamo alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese facenti parte di una costituenda ATI, richiesta dalla legge di gara e le cui ragioni sono ampiamente illustrate nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4.10.2005, n. 8, e quella rilasciata in favore di una singola impresa, senza alcun riferimento alla qualità di mandataria di costituenda ATI, a prescindere dal carattere "a prima richiesta".

Il contratto autonomo di garanzia, invero, è caratterizzato dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia (art. 1945 c.c.) poiché una parte si obbliga a titolo di garanzia ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità e dall'efficacia del rapporto di base, con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni (ex multis, Cass. civ. Sez. III, 28.2.2007, n. 4661; 12.12.2008, n. 29216; 22.2.2010, n. 4200).

Diversamente – ed in aggiunta al richiamato carattere dell'assenza di eccezioni – secondo i principi affermati nella citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2008, perché sia assicurata la finalità della cauzione provvisoria, che è quella di garantire la stazione appaltante in ordine alla serietà dell'offerta, al rischio della mancata stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione nonché, nel caso di ATI costituenda, all'impegno delle mandanti di conferire mandato alla capogruppo che stipulerà il contratto, occorre che l'oggetto della obbligazione garantita sia chiaramente determinato in tutte le sue componenti oggettive e soggettive.

In ordine a tale ultimo profilo, non rileva la "struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa", nel senso che deve chiaramente determinarsi il soggetto garantito con riguardo alla natura collettiva della partecipazione di più imprese.

Ne discende che la cauzione senza eccezioni prestata in favore di impresa singolarmente considerata e nominata, senza alcun riferimento alla costituenda ATI fra più imprese chiaramente individuate, sebbene idonea a svincolare la garanzia dal rapporto obbligatorio di base in relazione alla sola obbligazione dell'impresa futura mandataria, non soddisfa le medesime finalità nei confronti delle obbligazioni assunte dalle altre imprese associate in ATI e, quindi, non può considerarsi corrispondente a quella richiesta dal bando a pena di esclusione.

Infondato è anche il motivo d'appello, strettamente collegato al precedente, con il quale si assume che la norma del capitolato non avrebbe prescritto il richiamo nella cauzione alla natura collettiva della partecipazione alla gara.

Al contrario, nello stabilire che "la cauzione deve essere prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti" la legge di gara ha chiaramente voluto che l'oggetto della cauzione fosse chiaramente determinato, quanto all'estensione della garanzia, nell'obbligazione assunta in forma collettiva dalle imprese partecipanti alla gara e non già in quella assunta dall'impresa, come se partecipasse individualmente secondo quanto in effetti avvenuto.

E ciò perché dal mancato richiamo alla natura collettiva della partecipazione delle imprese consegue l'impossibilità di incameramento della cauzione da parte dell'amministrazione in caso di inadempimento non riconducibile alla sola impresa individuata (nella specie Ricorrente), con grave compressione delle descritte finalità della cauzione.

Non può quindi parlarsi di mera irregolarità della cauzione, stante la non corrispondenza del suo oggetto a quello richiesto dalla normativa di gara.

6. Dall'infondatezza dei motivi esaminati consegue l'ovvia reiezione anche della richiesta di risarcimento del danno.

7. Conclusivamente, l'appello deve essere respinto.

A cura di SONia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3401 del 28 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di stato

**N. 03401/2010 REG.DEC.**

**N. 05362/2008 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

Sul ricorso numero di registro generale 5362 del 2008, proposto da:  
Ricorrente Ag in proprio e quale capogruppo Ati, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Manzi, Peter Platter, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5; Ati Bettiol Srl;

***contro***

Controinteressata Spa quale capogruppo Ati, rappresentata e difesa dagli avv. Gernot Rossler, Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, c.so Vittorio Emanuele II 349; Ati Gaetano Controinteressata due Spa;

***nei confronti di***

Provincia Autonoma di Bolzano, rappresentata e difesa dagli avv. Stefan Beikircher, Michele Costa, Renate V. Guggenberg, con domicilio eletto presso

Michele Costa in Roma, via Bassano del Grappa N.24; Zh - General Construction Company Ag;

*per la riforma*

della sentenza del T.R.G.A. - SEZIONE AUTONOMA DELLA PROVINCIA DI BOLZANO n. 00178/2008, resa tra le parti, concernente ESCLUSIONE DA GARA PER SISTEMAZIONE LICEO.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 marzo 2010 il cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Reggio D'Acì, Sandulli, Costa e Malinconico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato i giorni 24, 26 e 27 giugno 2008 e depositato il 30 seguente la Ricorrente Ag., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con Bettiol s.r.l., aggiudicataria in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa della gara a procedura aperta indetta dalla Provincia Autonoma di Bolzano per l'affidamento dei lavori di sistemazione del liceo classico "Beda Weber" di Merano, ha appellato la sentenza 16 maggio 2008 n. 178 del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma per la Provincia di Bolzano, notificata il 26 maggio 2008, con la quale è stato accolto il ricorso principale avverso l'aggiudicazione proposto dalla seconda graduata a.t.i. Controinteressata Ag.-Gaetano Controinteressata due s.p.a., in relazione all'unica censura concernente la mancanza nel documento fideiussorio di qualsiasi indicazione relativa alla futura mandante e della qualità di mandataria della Ricorrente, mentre è stato dichiarato inammissibile per deposito tardivo il ricorso

incidentale dell'attuale appellante, basato sulla non corrispondenza della cauzione provvisoria della Controinteressata alla *lex specialis*.

Premesso, tra l'altro, che a seguito della sentenza la Provincia procedeva all'aggiudicazione in favore non della Controinteressata ma della quarta classificata a.t.i. CLE, escludendo la seconda e la terza per irregolarità delle rispettive cauzioni provvisorie, aggiudicazione impugnata dalla medesima Controinteressata davanti al TRGA, a sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Violazione dell'art. 2969 c.c., eccesso di potere giurisdizionale per motivazione contraddittoria.

La tardività del ricorso incidentale, diretto a paralizzare l'azione principale quindi da esaminare prioritariamente, è stata eccepita dalla ricorrente principale solo nel corso dell'udienza di merito del 13 febbraio 2008 con un'apposita nota d'udienza depositata oltre il prescritto termine decadenziale

2.- Motivi del ricorso incidentale :

I) Inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse in quanto la eventuale stipula del contratto con la seconda classificata violerebbe l'art. 37, co. 9, del D.Lgs. n. 163 del 2006

La Controinteressata ha conferito nella ZH-General Construction Company Ag. dal 1° gennaio 2008 l'intero ramo d'azienda relativo alla propria attività edilizia e dalla stessa data anche l'analogo ramo d'azienda della Hobag Ag. è stato conferito alla seconda, che dall'atto di conferimento – procederà alla voltura a proprio favore di tutti i contratti in cui siano parti le predette, sicché l'a.t.i. concorrente in realtà non esiste più, quindi non sarebbe in grado di eseguire la parte (82,80%) dei lavori dichiarati in offerta ed alla stipula si presenterebbe altro soggetto, ossia la nuova a.t.i. ZH-General Construction Company Ag.-Gaetano Controinteressata due s.p.a. in composizione inammissibile, stante la previsione del cit. art. 37, co. 9.

II.- Violazione del capo I n. 3 del capitolato condizioni, nella parte in cui statuisce che “in caso di riunione di imprese, la predetta cauzione deve essere prestata dall’impresa capogruppo in nome e per conto di tutte le mandanti”. Violazione dell’art. 49 della L.P. n. 6/1998

In base al principio invocato dalla ricorrente principale, secondo cui la cauzione provvisoria dev’essere intestata a tutte le associate , anche la costituenda a.t.i. Controinteressata doveva essere esclusa poiché la cauzione è intestata all’a.t.i., ossia ad un soggetto ancora non esistente, sicché l’Amministrazione non è coperta da garanzia per l’impossibilità di un eventuale incameramento, stante la mancanza di ogni funzionalità ed operatività della cauzione stessa. Ma anche a voler ritenere che la fideiussione sia fatta in nome e per conto di entrambe le imprese, essa avrebbe permesso all’Amministrazione di incamerarla solo per inadempimento della Gaetano Controinteressata due s.p.a., poiché la Controinteressata non esiste più.

III.- Violazione del capo I n. 3 del capitolato condizioni per mancanza di operatività della fideiussione presentata dall’a.t.i. costituenda Zimmehofer-Controinteressata due. Violazione dell’art. 49 della L.P. n. 6/1998.

La cauzione è inefficace perché non contiene l’indicazione dell’obbligazione principale garantita (mancata sottoscrizione del contratto) e la dichiarazione di garantire ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

3.- Eccesso di potere giurisdizionale per motivazione contraddittoria.

Erroneamente il TRGA ha ritenuto che la cauzione provvisoria prestata dalla Ricorrente non risponda ai prescritti requisiti. Si tratta di garanzia bancaria sotto forma di contratto autonomo di garanzia in cui, diversamente dal tipico contratto fideiussorio e benché intestato alla sola Ricorrente, il garante si impegna a pagare il beneficiario che escuta la garanzia, senza opporre eccezioni in ordine alla validità né all’efficacia del rapporto di base.

4.- Eccesso di potere giurisdizionale per motivazione insufficiente e contraddittoria. Eccesso di potere giurisdizionale per motivazione omessa.

Parimenti errata è la motivazione secondo cui l'anzidetta garanzia bancaria violerebbe una specifica disposizione del capitolato condizioni espressamente sanzionata con l'esclusione, poiché tale sanzione non è affatto comminata per il mancato richiamo alla natura collettiva della partecipazione alla gara delle imprese nominativamente identificate, bensì il capitolato richiedeva che la cauzione fosse "prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti", come appunto la garanzia bancaria in parola. D'altro canto, in virtù del principio secondo cui le clausole che comminano l'esclusione in termini generali e omnicomprensivi devono essere valutate alla stregua dell'interesse che la norma violata è destinata a presidiare e che, ove non sia ravvisabile la lesione di tale interesse, va accordata preferenza al favor participationis, del tutto legittimamente la commissione non ha escluso l'odierna appellante, tenuto conto che la garanzia da essa prestata garantiva perfettamente tutte le obbligazioni e dunque conseguiva proprio quel risultato verso cui era diretta l'azione amministrativa. Al più trattavasi di mera irregolarità, sicché la stessa commissione avrebbe potuto chiedere chiarimenti e integrazioni dal momento che l'esclusione era comminata esclusivamente per la mancanza nella busta A del documento contenente la cauzione provvisoria per il prescritto ammontare e non per un'eventuale irregolarità o imprecisione nella formulazione della stessa. Tale argomentazione era stata formulata in primo grado, ma il TRGA ha completamente trascurato di esaminarla.

5.- Risarcimento del danno.

Per il caso di diniego della misura cautelare, spetta all'appellante il risarcimento del danno per equivalente a carico della Provincia, pari alle spese sostenute per la partecipazione alla gara ed al 10% dell'importo dell'appalto anche a titolo di perdita di chance.

La Provincia e la Controinteressata si sono costituite in giudizio ed hanno svolto ampie controdeduzioni; la prima ha altresì eccepito l'inammissibilità dell'appello per difetto di interesse, non essendosi l'appellante opposta all'aggiudicazione in favore della quarta classificata a.t.i. Cle-Union Bau.

Con ricorso davanti al TRGA la Controinteressata ha impugnato la propria esclusione e l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Cle, ottenendo positiva misura cautelare presidenziale, e tuttavia la domanda cautelare veniva respinta dal TRGA. In questa sede, con atto contenente motivi aggiunti ed istanza di sospensiva, notificato i giorni 28 e 31 luglio 2008 e depositato il 29 luglio 2008, la Ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione all'a.t.i. Cle, deducendo all'uopo illegittimità derivata dai riproposti vizi della sentenza appellata ed ha chiesto la sospensione della sentenza stessa, nonché degli atti impugnati.

La domanda cautelare è stata respinta alla camera di consiglio del 26 agosto 2008.

Con memorie del 20 e 24 febbraio 2009 le parti private hanno insistito nelle rispettive tesi e richieste.

Con ordinanza n. 2731 del 29.4.2009, questa Sezione ha disposto in via istruttoria l'acquisizione agli atti di causa ed a cura della Provincia Autonoma di Bolzano della traduzione in lingua italiana della garanzia bancaria prestata in gara dall'appellante Ricorrente, presente nel fascicolo unicamente in lingua tedesca.

L'incombente istruttorio è stato eseguito.

Nell'imminenza dell'udienza fissata per la discussione, le parti hanno depositato memorie ad ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive.

All'udienza del 3 marzo 2010, il ricorso è stato discusso ed il Collegio se ne è riservata la decisione.

## DIRITTO

1. L'infondatezza dell'appello esime il Collegio dal soffermarsi sull'articolata richiesta di dichiarazione di improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza

di interesse formulata dalle appellate , per effetto della nuova aggiudicazione intervenuta in favore dell'ATI tra CLE e Unionbau s.r.l., non impugnata dalla Ricorrente.

E' infatti appena il caso di osservare che , data la diretta dipendenza della nuova aggiudicazione dalla sentenza di cui viene richiesta la riforma, che ha annullato l'aggiudicazione in favore di Ricorrente, la sua mancata impugnazione non ha alcun effetto preclusivo, essendo essa destinata ad essere caducata automaticamente in caso di accoglimento dell'appello (Cons. St. Sez. Quinta, 9. 6.2009, n. 3531). Trattasi, invero , di provvedimento destinato a venir meno in virtù del c.d. effetto espansivo esterno della riforma della sentenza di cui al secondo comma dell'art. 336 c.p.c. (Cons. St. Sez IV, 6.4.2006, n. 1791) , la cui sopravvenienza non provoca la carenza di interesse dell'appellante ad ottenere la decisione.

Ciò supera altresì l'esame dei motivi aggiunti notificati dall'appellante per l'annullamento dell'aggiudicazione all'a.t.i. Cle , da giudicarsi comunque inammissibili dato che non può procedersi alla impugnazione per saltum del provvedimento in grado di appello, neanche quando questo sia intervenuto posteriormente alla sentenza di primo grado, attesa la necessità delle altre parti di non essere private di un grado di giudizio (Cons. St Sez. VI, n. 4934/2009; n. 5024/2007; n. 1330/2007).

2. Con il primo motivo, l'appellante censura la sentenza di primo grado per avere dichiarato l'inammissibilità del suo ricorso incidentale a causa della tardività del deposito, sebbene la decadenza fosse stata eccepita dalla ricorrente solo nell'udienza di merito del 13.2.2008.

Il motivo è infondato.

Il mancato rispetto del termine previsto per il deposito del ricorso incidentale, che è perentorio (Cons. St. Sez. IV, 31.7.2007, n. 4265), determina l'improcedibilità del

ricorso (Corte cost., ord. n. 213 e 382 del 2005), rilevabile anche d'ufficio dal giudice . Il deposito del ricorso è, peraltro, espressione di un precetto di ordine pubblico processuale che non ammette equipollenti o sanatorie ed è sottratto alla disponibilità delle parti o del giudice (Cons. St. Sez. V, 28.3.2008, n. 1331).

In nessun modo, quindi, il giudice di primo grado avrebbe potuto far precedere l'esame del ricorso incidentale tardivamente depositato.

3. Dalla conferma dell'inammissibilità del ricorso incidentale deriva l'inammissibilità dei motivi ad esso attinenti riproposti in secondo grado sub I, II e III.

4. Venendo alle censure rivolte contro la statuizione nel merito, deve respingersi, perché infondato, l'articolato motivo, ampiamente sviluppato anche nelle memorie, con cui l'appellante sostiene che la prestazione di cauzione provvisoria intestata alla sola Ricorrente - come singola impresa anziché alle imprese partecipanti alla costituenda ATI - per la sua natura di contratto autonomo di garanzia, idoneo a garantire il pagamento senza possibilità di opporre eccezioni, risponderebbe ai requisiti richiesti dal bando , differenziandosi dalla fattispecie decisa con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 ottobre 2005, n. 8 .

In merito, anche parte appellata non obietta che la cauzione prestata dall'Istituto bancario rientri tra i contratti autonomi di garanzia, peraltro obbligatoriamente prescritti dalla disciplina di settore, ma rileva che in nessun modo risulta che la banca intendesse garantire l'adempimento di soggetti diversi ed ulteriori rispetto alla Ricorrente assolutamente estranei alla garanzia bancaria perché non menzionati.

Va, preliminarmente, osservato che a seguito del deposito della traduzione in lingua italiana della garanzia bancaria presentata in gara, può effettivamente constatarsi che essa fu prestata esclusivamente in nome e per conto della ditta

Ricorrente s.p.a. e che nessun riferimento essa contiene al suo ruolo di mandataria di una costituenda ATI, né tantomeno alle singole imprese costituenti in ATI.

Ciò premesso, deve negarsi equipollenza tra la cauzione prestata con espresso richiamo alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese facenti parte di una costituenda ATI, richiesta dalla legge di gara e le cui ragioni sono ampiamente illustrate nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4.10.2005, n. 8, e quella rilasciata in favore di una singola impresa, senza alcun riferimento alla qualità di mandataria di costituenda ATI, a prescindere dal carattere "a prima richiesta".

Il contratto autonomo di garanzia , invero , è caratterizzato dall'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia (art. 1945 c.c.) poichè una parte si obbliga a titolo di garanzia ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità e dall'efficacia del rapporto di base, con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni (ex multis, Cass. civ. Sez. III, 28.2.2007, n. 4661; 12.12.2008, n. 29216 ; 22.2.2010, n. 4200).

Diversamente – ed in aggiunta al richiamato carattere dell'assenza di eccezioni - secondo i principi affermati nella citata decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2008, perché sia assicurata la finalità della cauzione provvisoria, che è quella di garantire la stazione appaltante in ordine alla serietà dell'offerta , al rischio della mancata stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione nonché, nel caso di ATI costituenda, all'impegno delle mandanti di conferire mandato alla capogruppo che stipulerà il contratto, occorre che l'oggetto della obbligazione garantita sia chiaramente determinato in tutte le sue componenti oggettive e soggettive.

In ordine a tale ultimo profilo, non rileva la "struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante ed il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa", nel senso che deve chiaramente

determinarsi il soggetto garantito con riguardo alla natura collettiva della partecipazione di più imprese.

Ne discende che la cauzione senza eccezioni prestata in favore di impresa singolarmente considerata e nominata, senza alcun riferimento alla costituenda ATI fra più imprese chiaramente individuate, sebbene idonea a svincolare la garanzia dal rapporto obbligatorio di base in relazione alla sola obbligazione dell'impresa futura mandataria, non soddisfa le medesime finalità nei confronti delle obbligazioni assunte dalle altre imprese associande in ATI e, quindi, non può considerarsi corrispondente a quella richiesta dal bando a pena di esclusione.

5. Infondato è anche il motivo d'appello, strettamente collegato al precedente, con il quale si assume che la norma del capitolato non avrebbe prescritto il richiamo nella cauzione alla natura collettiva della partecipazione alla gara.

Al contrario, nello stabilire che "la cauzione deve essere prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti" la legge di gara ha chiaramente voluto che l'oggetto della cauzione fosse chiaramente determinato, quanto all'estensione della garanzia, nell'obbligazione assunta in forma collettiva dalle imprese partecipanti alla gara e non già in quella assunta dall'impresa, come se partecipasse individualmente secondo quanto in effetti avvenuto.

E ciò perché dal mancato richiamo alla natura collettiva della partecipazione delle imprese consegue l'impossibilità di incameramento della cauzione da parte dell'amministrazione in caso di inadempimento non riconducibile alla sola impresa individuata (nella specie Ricorrente), con grave compressione delle descritte finalità della cauzione.

Non può quindi parlarsi di mera irregolarità della cauzione, stante la non corrispondenza del suo oggetto a quello richiesto dalla normativa di gara.

6. Dall'infondatezza dei motivi esaminati consegue l'ovvia reiezione anche della richiesta di risarcimento del danno.

7. Conclusivamente, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in euro 4.000,00, suddivise in eguale misura in favore delle appellate costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Filoreto D'Agostino, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

Bernhard Lageder, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione

