

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29751-anche-se-la-cauzione-provvisoria-contiene-le-clausole-di-preventiva-escussione-e-di-pagamento-a-semplce-richiesta-scritta-il-fatto-che-comunque-sia-intestata-alla-sola-capogruppo-comunque-fonte->

Autore: Lazzini Sonia

Anche se la cauzione provvisoria contiene le clausole di “preventiva escussione” e di “pagamento a semplice richiesta scritta”, il fatto che comunque sia intestata alla sola capogruppo è comunque fonte di esclusione dalla procedura?e’ corretto affermare c

Tar Provincia di Bolzano, 16.05.2008 n. 178

Anche se la cauzione provvisoria contiene le clausole di “preventiva escussione” e di “pagamento a semplice richiesta scritta”, il fatto che comunque sia intestata alla sola capogruppo è comunque fonte di esclusione dalla procedura? e’ corretto affermare che debbano essere garantite tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell’assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara?

Risulta dunque influente dedurre che la cauzione stessa contenga le clausole di pagamento “a prima richiesta”, di esclusione del previo consenso del garantito e della facoltà di quest’ultimo di proporre eccezioni, nonché di rinuncia da parte del garante ad opporre eccezioni in ordine al pagamento -del resto anch’esse previste dal capitolato condizioni (punto 3)- che, comunque, non esimevano le ditte partecipanti nella veste di costituende ATI dall’obbligo del necessario richiamo, nella garanzia prodotta, alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate. La questione è stata già affrontata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato che, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una costituenda ATI, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non solo alla capogruppo designata ma anche alle mandanti. Un tanto perché “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...”. In sostanza, la giurisprudenza ha affermato che le obbligazioni ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, sono, nel caso di ATI costituende, sia quella finale della capogruppo alla sottoscrizione del contratto, sia quella propedeutica delle mandanti di conferire, dopo l’aggiudicazione del contratto, il mandato collettivo alla designata capogruppo, in difetto del quale il contratto non potrebbe essere stipulato. Da un tanto consegue che il fideiussore deve richiamare espressamente la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente, in modo tale che venga garantita non solo l’eventuale mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara.

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 178 del 16 maggio 2008 emessa dal Tar Provincia Autonoma di Bolzano

< In base alle prescrizioni del capitolato condizioni, le ditte partecipanti alla gara erano tenute a far pervenire alla Provincia autonoma di Bolzano un plico contenente tre buste rispettivamente denominate “Busta A: Documentazione amministrativa”, “Busta B: Documentazione tecnica” e “Busta C: Offerta economica”.

In particolare, per quanto qui d’interesse, il capitolato prescrizioni della gara disponeva espressamente che “nella busta “A documentazione amministrativa” dovranno essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: ... (.....) ... 3. La cauzione provvisoria ... da costituire esclusivamente tramite : a) garanzia bancaria..... b) in contanti sul conto....

In caso di riunione di imprese, la predetta cauzione deve essere prestata dall’impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti”.

Come censurato dalle ricorrenti principali, la garanzia bancaria prodotta dalla aggiudicataria nella suddetta “Busta A” è stata rilasciata dalla Südtiroler Volksbank “für Rechnung und im Auftrage der Firma BETA AG”, e non reca indicazione alcuna né della natura collettiva della partecipazione alla gara (trattandosi di costituenda ATI) né della mandante BETABIS S.r.l.

La questione è stata già affrontata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato che, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una costituenda ATI, la polizza fideiussoria,

mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non solo alla capogruppo designata ma anche alle mandanti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 4 ottobre 2005, n. 8).

Un tanto perché “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...”.

In sostanza, la giurisprudenza ha affermato che le obbligazioni ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, sono, nel caso di ATI costituende, sia quella finale della capogruppo alla sottoscrizione del contratto, sia quella propedeutica delle mandanti di conferire, dopo l’aggiudicazione del contratto, il mandato collettivo alla designata capogruppo, in difetto del quale il contratto non potrebbe essere stipulato.

Da un tanto consegue che il fideiussore deve richiamare espressamente la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente, in modo tale che venga garantita non solo l’eventuale mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara

La cauzione provvisoria presentata dalla BETA AG non risponde, pertanto, ai suddetti requisiti, atteso che essa risulta intestata soltanto alla BETA AG e non fa menzione alcuna della natura collettiva della partecipazione alla gara.

Si tratta, peraltro, della violazione di una specifica disposizione del capitolato condizioni, espressamente sanzionata con l’esclusione.

Risulta dunque ininfluenza dedurre che la cauzione stessa contenga le clausole di pagamento “a prima richiesta”, di esclusione del previo consenso del garantito e della facoltà di quest’ultimo di proporre eccezioni, nonché di rinuncia da parte del garante ad opporre eccezioni in ordine al pagamento -del resto anch’esse previste dal capitolato condizioni (punto 3)- che, comunque, non esimevano le ditte partecipanti nella veste di costituende ATI dall’obbligo del necessario richiamo, nella garanzia prodotta, alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate.

Conseguentemente, attesa la fondatezza della censura dedotta in giudizio, il ricorso va accolto limitatamente, però, all’annullamento dell’impugnato provvedimento di aggiudicazione, atteso che, trattandosi di gara da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economica più vantaggiosa e, pertanto, connotata da ampia discrezionalità tecnica dell’autorità di gara, la domanda tesa alla condanna dell’autorità di gara ad aggiudicare l’appalto alle ricorrenti non può essere accolta.>

SI LEGGA ANCHE

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 :

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.

Pertanto:

la risposta quindi è:

non risultando regolare:

[illegible]

E' corretto affermare che nel caso in cui una costituenda riunione temporanea di imprese venga a costituire con la fideiussione la cauzione provvisoria, il soggetto garantito non è l'associazione

temporanea di impresa (a.t.i.) nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite, invece, sono tutte le imprese associate?

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

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

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

ma vi è di più

< Il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento>

quindi

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

[illegible]

In caso di errore della presentazione della cauzione provvisoria di un'Ati in abbinamento all'offerta, la stessa può essere ripresentata dall'aggiudicataria provvisoria?

In caso di partecipazione soggettivamente composita, la garanzia fideiussoria deve concernere espressamente tutti i soggetti che intendono partecipare all'associazione temporanea candidata all'aggiudicazione di una pubblica gara (mandante e mandataria); in caso di garanzia non idonea, non può essere invocato il potere di richiedere integrazioni documentali, attinendo la polizza fideiussoria ad un elemento essenziale dell'offerta, previsto a pena di esclusione

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 15605 del 29 novembre 2007 emessa dal Tar Campania, Napoli

< ritenuto che la decisione della stazione appaltante di richiedere l'aggiornamento dei termini della polizza fideiussoria a tutti i concorrenti non può incidere sulla condivisibile decisione di esclusione della controinteressata a.t.i. capeggiata da BETA, per incompletezza della polizza fideiussoria originariamente depositata a corredo dell'offerta;

considerato che il comportamento tenuto dall'amministrazione appaltante ha avuto come effetto una inammissibile sanatoria di una carenza documentale dell'offerta della controinteressata a.t.i. capeggiata da BETA, in relazione alla quale non può essere invocato il potere di richiedere integrazioni documentali, attinendo la polizza fideiussoria ad un elemento essenziale dell'offerta, previsto a pena di esclusione;

ritenuto che, in caso di partecipazione soggettivamente composita, la garanzia fideiussoria deve concernere espressamente tutti i soggetti che intendono partecipare all'associazione temporanea candidata all'aggiudicazione di una pubblica gara (mandante e mandataria), mentre nel caso di specie la polizza allegata non ha rispettato tale essenziale condizione;>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 178 del 16 maggio 2008 emessa dal Tar Provincia di Bolzano

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa
Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano
costituito dai magistrati:

N. 178/2008 Reg. Sent.
N. 371/2007 Reg. Ric.
Depositato il
16.05.2008

Marina ROSSI DORDI - Presidente

Hans ZELGER - Consigliere

Terenzio DEL GAUDIO - Consigliere relatore

Margit FALK EBNER - Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso iscritto al n. **371** del registro ricorsi **2007**

presentato dalla

ALFA S.p.a., in persona del legale rappresentante Werner ALFA, capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese **GAETANO ALFABIS S.p.A.**, rappresentate e difese dall'avv. Gernot Rössler con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Bolzano, via Cassa di Risparmio n. 6, giusta delega a margine del ricorso, **- ricorrenti -**

c o n t r o

PROVINCIA AUTONOMA di BOLZANO, in persona Presidente della Giunta provinciale pro tempore, che sta in giudizio in forza della deliberazione della Giunta provinciale n. 4691 dd. 20.12.2004 rappresentata e difesa dagli l'avv.ti Maria Larcher, Stephan Beikircher e Patrizia Pignatta, con elezione di domicilio presso l'Avvocatura della Provincia in Bolzano, Via Crispi 3, giusta delega a margine dell'atto di costituzione **- resistente -**

e c o n t r o

BETA AG., per sé e quale capogruppo della costituenda associazione temporanea di imprese con **BETABIS S.r.l.**,

e

BETABIS S.r.l.

entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti Peter Platter e Giandomenico Pittelli giusta delega a margine dell'atto di costituzione,

- controinteressate e ricorrenti incidentali -

per l'annullamento

previa emanazione di misure cautelari, dell'aggiudicazione all'impresa BETA AG, capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese con mandante BETABIS srl di Arcade (TV), dell'appalto dei lavori per la sistemazione del liceo classico "Beda Weber" a Merano, in via Otto Huber, codice c.i.g. 004244203F, avvenuta in occasione della riunione della commissione di gara in data 11.12.2007, nonché di ogni altro atto inerente, presupposto, antecedente, consequenziale ed esecutivo.

Visto il ricorso notificato il 21.12.2007 e depositato in segreteria il 21.12.2007 con i relativi allegati;

Visto il decreto presidenziale cautelare provvisorio n. 226/07 dd. 22.12.2007;

Vista l'ordinanza n. 9/08 dd. 08.01.2008 di questo Tribunale con la quale è stata accolta la domanda di sospensione della esecuzione dei provvedimenti impugnati presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Bolzano dd. 03.01.2008 e della BETA AG e BETABIS S.r.l. dd. 08.01.2008;

Visto il ricorso incidentale della BETA AG e BETABIS S.r.l. dd. 16.01.2008, notificato in data 21.01.2008 e depositato in data 29.01.2008;

Viste le memorie prodotte;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore per la pubblica udienza del 13.02.2008 il consigliere Terenzio Del Gaudio ed ivi sentito l'avv. G. Rössler per la ricorrente, l'avv. P. Pignatta per la Provincia autonoma di Bolzano e l'avv. P. Platter per la BETA AG e BETABIS S.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con il ricorso notificato in data 21.12.2007 la ricorrente ALFA S.p.a., capogruppo della costituenda A.T.I. con la Gaetano ALFABIS S.p.a., impugna, per l'annullamento, il provvedimento di aggiudicazione alla BETA AG, capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con la mandante BETABIS S.r.l., dell'appalto per i lavori di sistemazione del liceo classico "Beda Weber" di Merano, chiedendo, inoltre, che venga annullato, ovvero dichiarato nullo e/o inefficace l'eventuale contratto d'appalto medio tempore stipulato anche se non conosciuto nonché la condanna dell'autorità di gara ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente seconda classificata ovvero l'accertamento di tale obbligo in capo alla stessa.

A sostegno del ricorso viene dedotto il seguente motivo di impugnazione:

*“Violazione 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” (capo I n. 3). Violazione dell'art. 43 del D.P.P. 5.7.2001, (n. 41) (“Regolamento per l'appalto e l'esecuzione di lavori pubblici”), corrispondente all'art. 108 del D.P.R. 12.12.1999, n. 544. Omessa esclusione dell'A.T.I BETA”*”.

Con memoria dd. 03.01.2008 si è costituita in giudizio la Provincia autonoma di Bolzano chiedendo il “*rigetto del ricorso perché inammissibile ed infondato e di tutte le domande cautelari proposte*”.

Con comparsa e memoria difensiva dd. 08.01.2008 si sono costituite in giudizio la BETA AG e la BETABIS S.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso, previa reiezione dell'istanza cautelare di sospensiva, siccome infondato.

Le suddette società, inoltre, hanno a loro volta proposto ricorso incidentale, che è stato depositato presso la segreteria di questo Tribunale in data 29.01.2008.

A sostegno del ricorso incidentale vengono dedotti i seguenti motivi di impugnazione:

1. Inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse in quanto la eventuale stipula del contratto d'appalto con la seconda classificata violerebbe l'art. 37, co. 9, del D.lgs. n. 163/2006 (Codice degli Appalti);
2. 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;
3. Violazione del capo I, n. 3, del capitolato condizioni per mancanza di operatività della fideiussione prestata dalla ATI costituenda ALFA AG – Gaetano ALFABIS S.p.a.. Violazione dell'art. 49 della L.P. n. 6/1998.

Con ordinanza presidenziale n. 226/2007 dd. 22.12.2007 è stata accolta, ai sensi dell'art. 3, n. 1 della L. n. 205/2000, l'istanza di adozione di misure cautelari provvisorie fino alla pronuncia del Collegio in camera di consiglio.

Nella camera di consiglio dell'8.1.2008 il Collegio, con ordinanza n. 9/2008 ha accolto l'istanza di sospensione cautelare dell'esecuzione dei provvedimenti in epigrafe, fissando contestualmente l'udienza di merito.

Con nota d'udienza depositata all'udienza di merito del 13.02.2008 le ricorrenti principali hanno eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale dd. 16.01.2008, notificato in data 21.01.2008, in quanto depositato *ultra diem* in data 29.01.2008.

Sentite le parti, il ricorso principale ed il ricorso incidentale sono stati infine trattenuti in decisione.

Ai sensi dell'art. 23bis, comma 1, lett. b), della L. 6.12.1971, n. 1034, il dispositivo della sentenza è stato pubblicato mediante deposito in Segreteria in data 20.02.2008.

D I R I T T O

Va anzitutto dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale.

E' pacifico in giurisprudenza che nel rito speciale abbreviato, di cui all'art. 23bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, tutti i termini processuali, ad eccezione del termine per notifica del ricorso (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 marzo 2006, n. 1039; Sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 326), sono soggetti a dimidiazione per espressa previsione normativa (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 5434; Sez. V, 31 gennaio 2007, n. 389; Sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; Sez. V, 25 luglio 2006, n. 4665; Sez. V, 5 luglio 2006, n. 4262; Sez. VI, 2 ottobre 2007, n. 5082; Sez. VI, 31 gennaio 2006, n. 328).

Conseguentemente, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 3, del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e dell'art. 23bis della legge n. 1034 del 1971, il ricorso incidentale deve essere depositato presso la Segreteria del Tribunale entro il termine decadenziale di cinque giorni dalla data dell'ultima notificazione.

Nel caso di specie il ricorso incidentale è stato chiaramente depositato *ultra diem*, atteso che, mentre l'ultima notificazione si è perfezionata in data 21.01.2008, il deposito è stato effettuato soltanto in data 29.01.2008.

Trattandosi di termine decadenziale, la relativa inosservanza è rilevabile dal giudice d'ufficio.

Un tanto dichiarato, si può procedere all'esame del ricorso principale con il quale viene lamentata la mancata esclusione dalla gara della costituenda ATI BETA AG e BETABIS S.r.l.

Il ricorso principale è fondato.

Le ricorrenti principali deducono, in sintesi, la violazione della prescrizione di cui al capo I, n. 3, del capitolato condizioni e dell'art. 43 del D.P.P. 5.7.2001, n. 41.

In base alle prescrizioni del capitolato condizioni, le ditte partecipanti alla gara erano tenute a far pervenire alla Provincia autonoma di Bolzano un plico contenente tre buste rispettivamente denominate "*Busta A: Documentazione amministrativa*", "*Busta B: Documentazione tecnica*" e "*Busta C: Offerta economica*".

In particolare, per quanto qui d'interesse, il capitolato prescrizioni della gara disponeva espressamente che *“nella busta “A documentazione amministrativa” dovranno essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti documenti: ... (.....) ... 3. La **cauzione** provvisoria ... da costituire esclusivamente tramite : a) garanzia bancaria..... b) in contanti sul conto...*

*In caso di riunione di imprese, la predetta **cauzione** deve essere prestata dall'impresa capogruppo in nome e per conto di tutti i mandanti”*.

Come censurato dalle ricorrenti principali, la garanzia bancaria prodotta dalla aggiudicataria nella suddetta “Busta A” è stata rilasciata dalla Südtiroler Volksbank “für Rechnung und im Auftrage der Firma BETA AG”, e non reca indicazione alcuna né della natura collettiva della partecipazione alla gara (trattandosi di costituenda ATI) né della mandante BETABIS S.r.l.

La questione è stata già affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato che, nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di una costituenda ATI, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la **cauzione** provvisoria, deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non solo alla capogruppo designata ma anche alle mandanti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 4 ottobre 2005, n. 8).

Un tanto perché *“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...”*.

In sostanza, la giurisprudenza ha affermato che le obbligazioni ad attuazione congiunta, da garantire con la **cauzione** provvisoria, sono, nel caso di ATI costituenti, sia quella finale della capogruppo alla sottoscrizione del contratto, sia quella propedeutica delle mandanti di conferire, dopo l'aggiudicazione del contratto, il mandato collettivo alla designata capogruppo, in difetto del quale il contratto non potrebbe essere stipulato.

Da un tanto consegue che il fideiussore deve richiamare espressamente la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente, in modo tale che venga garantita non solo l'eventuale mancata sottoscrizione del contratto ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 19 aprile 2007, n. 1876; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 novembre 2007, n. 15605; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 21 novembre 2007, n. 3922).

La **cauzione** provvisoria presentata dalla BETA AG non risponde, pertanto, ai suddetti requisiti, atteso che essa risulta intestata soltanto alla BETA AG e non fa menzione alcuna della natura collettiva della partecipazione alla gara.

Si tratta, peraltro, della violazione di una specifica disposizione del capitolato condizioni, espressamente sanzionata con l'esclusione.

Risulta dunque ininfluenza dedurre che la **cauzione** stessa contenga le clausole di pagamento “a prima richiesta”, di esclusione del previo consenso del garantito e della facoltà di quest'ultimo di proporre eccezioni, nonché di rinuncia da parte del garante ad opporre eccezioni in ordine al pagamento -del resto anch'esse previste dal capitolato condizioni (punto 3)- che, comunque, non esimevano le ditte partecipanti nella veste di costituenti ATI dall'obbligo del necessario richiamo, nella garanzia prodotta, alla natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, singolarmente identificate.

Conseguentemente, attesa la fondatezza della censura dedotta in giudizio, il ricorso va accolto limitatamente, però, all'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione, atteso che, trattandosi di gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa e, pertanto, connotata da ampia discrezionalità tecnica dell'autorità di gara, la domanda tesa alla condanna dell'autorità di gara ad aggiudicare l'appalto alle ricorrenti non può essere accolta.

Infine, secondo il più recente indirizzo giurisprudenziale, esula dalla giurisdizione di questo giudice la domanda delle ricorrenti riguardo alla sorte del contratto, atteso che le vicende inerenti al contratto stesso sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Corte Cass. Sez. Un. Civ., sent. 28 dicembre 2007, n. 27169).

In conclusione, il ricorso incidentale va dichiarato inammissibile.

Il ricorso principale va accolto limitatamente alla domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione e va rigettato per il resto.

Alla soccombenza consegue la condanna alle spese di lite che vengono liquidate come da dispositivo.

Il contributo unificato va a carico delle soccombenti in solido tra loro.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma di Bolzano - disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, dichiara **inammissibile** il ricorso incidentale.

Accoglie il ricorso principale limitatamente all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione; rigetta per il resto.

Condanna l'Amministrazione resistente e le controinteressate alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente principale; spese che si liquidano in Euro 5.000,00- (cinquemila/00) a carico della Provincia autonoma di Bolzano e in Euro 5.000,00 (cinquemila/00) a carico delle controinteressate in solido tra loro, oltre IVA e CAP, come per legge.

Contributo unificato a carico delle soccombenti in solido tra loro.

Ordina che la presente sentenza venga eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano, nella camera di consiglio del 13.02.2008.

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

Marina ROSSI DORDI Terenzio DEL GAUDIO

/awr/br

N. R.G. 371/2007