

La giurisprudenza ha chiarito che, nel caso in cui concorra ad una procedura per l'aggiudicazione di un contratto una ATI non ancora costituita (c.d. "costituenda"), al cospetto della presentazione di una cauzione provvisoria il soggetto garantito non si individua né nell'ATI nel suo complesso (in quanto ancora non esiste come tale giuridicamente), né nell'impresa capogruppo designata; debbono piuttosto assumersi "garantite" tutte le imprese "associande" (e future partecipanti all'ATI "costituenda") che - durante la gara - operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara. Tra questi impegni (obblighi) garantiti vi è quello gravante sulle future mandanti, in caso di aggiudicazione, di conferire il mandato collettivo all'impresa designata capogruppo, che stipulerà per loro conto il contratto con la P.A. Pertanto, 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. 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. E' evidente che anche sotto questi profili (non strettamente collegati alla sottoscrizione del contratto), soprattutto nel caso di ATI costituite, la garanzia debba essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara. Diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti. Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), in conclusione, il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza n. 8 del 4/10/2005). Naturalmente non sussiste l'onere di presentare la cauzione da parte di tutti i partecipanti alla futura A.T.I. ben potendo la sola capogruppo presentare la garanzia, tuttavia la stessa, pur prestata dalla sola capogruppo, deve essere intestata a tutti partecipanti e garantire l'eventuale inadempimento di tutti i mandanti, contrariamente a quanto avvenuto nel caso in esame in cui la garanzia copriva soltanto l'impresa capogruppo.