

SOLUZIONI ESAME 2013 – ATTI GIUDIZIARI**Atto giudiziario in materia di diritto civile****(La traccia è stata già assegnata al corso Ius&Law 2010 come quesito 21)**

Tizio e Caio con scrittura privata, in data 20.06.1991, avevano stipulato un contratto preliminare di compravendita in virtù del quale Tizio si era obbligato a trasferire a Caio la proprietà di un appartamento sito in Roma per il prezzo di 750 milioni di lire. Il contratto prevedeva che il pagamento del prezzo sarebbe avvenuto per una parte, pari alla somma di 150 milioni di lire al momento della stipula del preliminare, per una parte in tre rate di 100 milioni ciascuna, senza determinazione del tempo del pagamento delle stesse, per il residuo al momento della stipula del contratto definitivo; la conclusione del contratto definitivo sarebbe avvenuta nel termine di 30 giorni dalla formalizzazione della richiesta di stipula da parte di Tizio.

Nel contratto preliminare si prevedeva, inoltre, che al momento della sottoscrizione dello stesso Tizio avrebbe consegnato a Caio le chiavi dell'appartamento così garantendogli la piena disponibilità del bene.

In esecuzione dell'accordo concluso e contestualmente alla stipulazione del preliminare, Caio versava un assegno circolare di 150 milioni di lire e riceveva da Tizio le chiavi dell'appartamento. Successivamente Caio effettuava il pagamento di due sole rate da 100 milioni di lire e Tizio non richiedeva il pagamento di quanto ulteriormente pattuito nè formulava la richiesta di stipula del contratto definitivo.

Caio nel novembre del 2012 ha convenuto in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma Tizio chiedendo accertarsi che egli era divenuto proprietario del bene per usucapione.

A sostegno delle proprie ragioni Caio ha dedotto di essere stato l'unico possessore dell'appartamento di cui al preliminare di vendita, fin dal giugno del 1991 e di aver agito sostenendo tanto le spese di condominio che quelle necessarie all'ordinaria manutenzione.

Assunte le vesti del legale di Tizio, il candidato rediga l'atto giudiziario ritenuto più utile alla difesa del suo cliente.

Commento

La questione sottesa alla traccia riguarda il tema del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata e se ad esso consegua un valido possesso *ad usucapionem*.

È noto che l'usucapione (articolo 1158 c.c.), quale modo di acquisto a titolo originario della proprietà, si fonda sul possesso (articolo 1140 c.c. e seguenti) continuato per un tempo determinato, sul presupposto che una prolungata signoria di fatto sulla cosa da parte di chi si sostituisca al proprietario giustifichi il riconoscimento della proprietà della stessa in capo al primo.

Perché si configuri un possesso utile all'usucapione è necessario un comportamento possessorio continuo e non interrotto per vent'anni, teso inequivocabilmente ad esercitare sul bene un potere corrispondente a quello del proprietario, caratterizzato cioè dalla volontà del possessore di comportarsi e farsi considerare come proprietario del bene.

Come noto, il contratto preliminare (articolo 1351 c.c.) è l'accordo con cui le parti si obbligano a stipulare un successivo contratto, detto definitivo; l'oggetto del preliminare consiste, dunque, nell'obbligazione di prestare un futuro consenso, mentre gli effetti concreti nella sfera giuridica delle parti derivano dal contratto definitivo.

È tuttavia possibile che le parti, nell'autonomia riconosciuta loro dall'articolo 1322 c.c., prevedano l'anticipazione al momento del preliminare di alcuni degli effetti che normalmente conseguirebbero

alla stipulazione del contratto definitivo, quale, ad esempio, la consegna dell'immobile al promissario acquirente e/o il pagamento del prezzo.

Si tratta, quindi, di stabilire se la materiale disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente, per effetto di specifica clausola contrattuale (cd. preliminare ad effetti anticipati), debba qualificarsi in termini di possesso o detenzione, al fine di accertare i possibili effetti del possesso *ad usucapionem*.

Sul punto la giurisprudenza è divisa.

Una prima tesi dà rilievo al fatto che nel preliminare con "effetti anticipati", la consegna immediata del bene non tende solo ad attribuire il godimento del bene, ma è in funzione di un comune proposito di trasferimento della proprietà (o altro diritto reale), alla quale è coerente il passaggio immediato del possesso, che costituisce solo una anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito. Proprio perché le parti intendono in questo modo anticipare alcuni degli effetti del definitivo, quindi, alla consegna del bene si accompagna il trasferimento del possesso e non della mera detenzione, anche in mancanza dell'immediato effetto reale del contratto (Cass. n. 9106/2000 e Cass. n. 7690/1993).

Aderendo, evidentemente, a tale tesi, Caio ha ritenuto di convenire in giudizio Tizio, dando rilievo alla consegna anticipata del bene quale anticipato trasferimento del possesso, poi ininterrottamente proseguito per il tempo astrattamente utile all'usucapione.

La tesi in questione è stata però criticata da altro orientamento (tra le tante, si vedano Cass. S.U. n. 7930/08 e successivamente Cass. 4863/10, Cass. 16629/13).

Con il contratto preliminare ad effetti anticipati le parti non intendono anticipare gli effetti della compravendita, poiché se così fosse saremmo in presenza di un contratto definitivo; con la previsione e l'esecuzione della *traditio* della *res* e/o del pagamento (anche totale) del prezzo le parti manifestano e concretamente realizzano esclusivamente l'intento d'anticipare non gli effetti del contratto di compravendita, ma solo quelle prestazioni che delle obbligazioni nascenti dalla compravendita costituiscono l'oggetto (la consegna della *res*, e il pagamento del prezzo posti a carico, rispettivamente, del venditore e del compratore). C'è dunque piena consapevolezza nei contraenti che l'effetto traslativo non si è ancora verificato e risulta chiaramente dal titolo l'altruità della cosa.

Inoltre, viene evidenziato come il possesso non sia un diritto, ma uno stato di fatto e come tale non sia mai trasmissibile disgiuntamente dal diritto reale del quale costituisce l'esercizio; quindi, se con il preliminare ad effetti anticipati le parti non anticipano gli effetti "*reali*" della compravendita, con lo stesso non potranno nemmeno trasferire il possesso del bene.

Secondo questa tesi, quindi, nel caso di pattuizione di consegna anticipata del bene o pagamento anticipato del prezzo, le parti stipulano dei contratti accessori, funzionalmente collegati al preliminare e, tuttavia, autonomi rispetto ad esso, che rispondono ciascuno ad una precisa e tipica funzione economico-sociale e che sono disciplinati ciascuno dalla pertinente normativa sostanziale. Trattasi, in particolare, di un comodato, quanto alla consegna della *res* da parte del promittente venditore al promissario acquirente, e di un mutuo gratuito, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore. Ne consegue, con riferimento al primo dei considerati contratti, che la materiale disponibilità della *res* nella quale il promissario acquirente viene immesso, in esecuzione del contratto di comodato, ha natura di detenzione qualificata esercitata nel proprio interesse ma *alieno nomine* e non di possesso.

Sulla base di tali articolati principi, va quindi escluso che la consegna anticipata del bene a Caio possa attribuirgli un possesso utile *ad usucapionem*, salva la dimostrazione (in specie insussistente) di un'intervenuta *interversio possessionis* in favore dello stesso Caio.

Nella comparsa di costituzione e risposta Tizio dovrà, quindi, evidenziare l'infondatezza della pretesa di Caio, non potendo quest'ultimo vantare un possesso ventennale ininterrotto, ma una semplice detenzione, insufficiente a fondare la richiesta di usucapione.

Ulteriori ragioni di Tizio pare opportuno possano essere fatte valere solo con separato giudizio ex art. 2932 c.c. una volta che egli avrà ritenuto opportuno convocare Caio (secondo le modalità previste dal contratto preliminare) per la stipula del contratto definitivo qualora lo stesso Caio non si renda disponibile ad adempiere ai propri obblighi dinanzi al notaio alla data stabilita per il rogito.

Atto giudiziario di materia di diritto penale**(La traccia affronta la medesima questione giuridica già assegnata al corso Ius&Law 2009 come traccia 15 bis)**

All'esito di perquisizione domiciliare effettuata presso l'abitazione ove convivono i fratelli Tizio e Caio, la Polizia giudiziaria - presente in casa solamente Tizio - procede al sequestro di un quantitativo di sostanza stupefacente del tipo cocaina del peso di grammi 600 circa, oltre a sostanza da taglio e confezioni di bustine di plastica trasparente, il tutto rinvenuto a vista su un pensile della cucina, vicino ad un bilancino elettronico funzionante. Nella stanza di Tizio viene altresì rinvenuta e sequestrata la somma in contanti di 1.200 euro suddivisa in banconote da 10, 20, e 50 euro uro, custodite in un cassetto dell'armadio; e un'agenda con annotazioni di nomi di persone, numeri di telefono e cifre in denaro poste all'interno del cassetto del comodino. Poco dopo, quando la polizia ancora presente in casa, giunge anche Caio incensurato a cui viene sequestrata, a seguito di perquisizione personale la somma in contanti di 120 euro che lo stesso aveva nel portafoglio. Tizio e Caio vengono tratti in arresto e nell'interrogatorio all'udienza di convalida innanzi al giudice per le Indagini Preliminari, Tizio si assume la responsabilità esclusiva della disponibilità della sostanza stupefacente; Caio conferma che la sostanza era di proprietà esclusiva del fratello. Con ordinanza emessa all'esito della convalida viene applicata nei confronti di entrambi la misura della custodia cautelare in carcere per il reato di concorso nella detenzione della sostanza stupefacente su indicata. Il candidato, assunto le vesti del legale di Caio, rediga l'atto più opportuno evidenziandone le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

Commento

La traccia ha lo scopo di indurre il candidato ad affrontare l'istituto del concorso di persone nel reato con riguardo in questo caso al reato previsto dall'art. 73 dpr 309/90.

In termini generali – come si ricorderà - il concorso è da ritenere sussistente solo in presenza di un contributo partecipativo, morale o materiale, alla condotta criminosa altrui caratterizzato, sotto il profilo psicologico, dall'elemento psichico del reato che si commette e dalla coscienza e volontà di arrecare un contributo concorsuale alla realizzazione dell'illecito.

Occorre qui analizzare in particolare il requisito oggettivo della fattispecie.

Al tal riguardo, il concorso ex art. 110 c.p. esige un contributo causale in termini, sia pur minimi, di facilitazione della condotta delittuosa, mentre la semplice conoscenza o anche l'adesione morale, l'assistenza inerte e senza iniziative a tale condotta non realizzano la fattispecie concorsuale. Per risalente e consolidata giurisprudenza, ai fini della sussistenza del concorso di persone nel reato, infatti, non basta un comune interesse accompagnato da vincoli interpersonali o un ruolo di virtuale adesione al delitto, ma occorre un contributo concreto alla realizzazione dello stesso, quanto meno sotto il profilo dell'agevolazione.

Più precisamente, in tema di concorso del convivente nel delitto di detenzione illecita di sostanza stupefacente nel domicilio comune, vero è che il termine «detenzione» non implica necessariamente un «contatto fisico immediato» con la sostanza stupefacente, ma va inteso come «disponibilità» di fatto di questa, realizzata anche senza l'esercizio continuo di un potere manuale, mediante l'attrazione di essa nell'ambito della sfera di custodia del soggetto attivo. E tuttavia, la

giurisprudenza ha già espresso un preciso indirizzo interpretativo che puntualizza, in tali peculiari contesti, la distinzione tra connivenza non punibile e concorso nel delitto in questione.

Affinchè sussista la fattispecie concorsuale occorre che si realizzi un vero e proprio «contributo partecipativo», il quale può essere di diverso genere: è ravvisabile, ad esempio, nella condotta di chi, lungi dall'aver mantenuto un atteggiamento meramente passivo, a fronte della consapevolezza della presenza della droga nella propria abitazione, abbia positivamente agito per occultarla ed impedirne la scoperta da parte delle forze dell'ordine; è ancora ipotizzabile a carico della persona - convivente con il detentore della droga - che abbia positivamente contribuito alla custodia della stessa ed alla gestione del traffico illecito di spaccio posto in essere dal correo; ed è infine configurabile anche in ragione della semplice presenza, purché non meramente casuale, sul luogo dell'esecuzione del reato, quando essa sia servita a fornire all'autore del fatto stimolo all'azione o un maggior senso di sicurezza nella propria condotta e dunque sia direttamente strumentale all'attività di spaccio.

Al contrario, si è affermato come debba essere escluso il concorso ex art. 110 c.p. in caso di semplice comportamento negativo di chi assiste passivamente alla perpetrazione del reato e non ne impedisce ed ostacola in vario modo la esecuzione, dato che non sussiste in tal caso un obbligo giuridico ex art. 40, secondo comma, c.p. di impedire l'evento. Il solo comportamento omissivo, ovvero di mancata opposizione alla detenzione in casa di droga da parte di "altri", tanto più se trattasi di persona legata da vincoli affettivi o strette relazioni personali, non costituisce nemmeno segno univoco di partecipazione morale, qualora la condotta si connoti come mero comportamento negativo di chi si limita ad assistere in modo inerte alla perpetrazione del reato e non ne impedisce od ostacola in vario modo la esecuzione.

Sarebbe infatti erroneo fare discendere la responsabilità a titolo di concorso dalla sola circostanza della "conoscenza" della presenza della droga, quand'anche questa fosse conservata in cucina, cioè in una zona di pertinenza e di cura comune: infatti, non è consentita una ripartizione di zone di pertinenza di questo o quel convivente per inferire una conseguente responsabilità penale, altrimenti da estendere a tutti i componenti il nucleo quali codetentori delle cose di uso comune (Cass. pen. sez. VI, 9 ottobre 2008 n. 39989, Cass. pen. sez. VI, 18 febbraio 2010 n. 14606, Cass. pen. sez. VI, 22 gennaio 2010 n. 4948 e più di recente Cass. pen. sez. IV, 27 novembre 2012 n. 48243).

Venendo al caso concreto, Caio non pare proprio aver offerto alcun contributo effettivo all'attività di spaccio posta in essere dal fratello e comunque non si evidenzia alcun indizio in tal senso. Come emerso nel corso della perquisizione (e confermato da Tizio nel corso dell'udienza di convalida) denaro e agenda con i numeri di telefono dei clienti erano conservati nella stanza di quest'ultimo, segno che questi era il solo a gestire l'attività e ad averne il controllo. Caio avrebbe certo potuto opporsi al fatto che la sostanza stupefacente venisse conservata nell'abitazione comune, in un luogo visibile a tutti, ma non sussisteva alcun obbligo giuridico, da parte sua, di impedire che ciò avvenisse. Né può dedursi alcun elemento indiziario circa il concorso nel reato dal fatto che Caio avesse con sé 120 euro.

L'atto da redigere sarà dunque una richiesta di riesame rivolta al Tribunale competente e tesa ad ottenere l'annullamento dell'ordinanza applicativa della misura cautelare mancando in particolare il presupposto dei gravi indizi di colpevolezza. In subordine, potrà essere richiesta la sostituzione della stessa con altra meno affittiva, in particolare facendo rilevare l'incensuratezza di Caio.

Atto giudiziario in materia di diritto amministrativo

[La traccia affronta una questione giuridica (indicazione prestazioni RTI) già assegnata al corso Ius&Law 2013 come traccia 18ter, nonché altra questione giuridica (cauzione provvisoria per RTI) parzialmente simile a quella affrontata al corso Ius&Law 2012 come traccia 18ter]

Con bando di gara pubblicato in data 10/12/2011 l'ente pubblico Alfa indiceva una procedura selettiva con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento di servizi di pulizia dell'aeroporto Beta.

Con istanza tempestivamente presentata le imprese Delta e Kappa chiedevano di partecipare alla gara, dichiarando che si sarebbero costituite in ATI (associazione temporanea imprese) nella quale la società Kappa avrebbe assunto la qualità di capogruppo senza tuttavia specificare la quota di partecipazione alle parti del contratto da svolgersi di ciascuna di esse.

Ai fini della presentazione della garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 75 D.Lgs. 12/4/2006 n. 163 la costituenda ATI presentava cauzione a nome della capogruppo Kappa.

La commissione di gara iniziava i lavori di valutazione delle offerte presentate in data 20/1/2012. La società Omega che aveva presentato un'offerta che le avrebbe permesso di collocarsi al secondo posto in graduatoria rimaneva esclusa con provvedimento della commissione di gara datato 15/2/12 non avendo prodotto documentazione che comprovasse il possesso dei dichiarati requisiti di capacità tecnica risultanti da precedenti rapporti intrattenuti con altra pubblica amministrazione. Con atto del 22/2/12 la stazione appaltante aggiudicava l'appalto all'ATI costituita tra Delta e Kappa.

Il candidato assume le vesti del legale della società Omega rediga l'atto ritenuto più idoneo alla tutela degli interessi della propria assistita.

Commento

Il quesito richiede la redazione di un ricorso al TAR nell'interesse della società Omega, ai sensi degli artt. 119-120 c.p.a. (controversie in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici), per l'annullamento, previa adozione delle idonee misure cautelari sospensivo-inibitorie, dell'atto di esclusione del 15/2/12 e dell'aggiudicazione del 22/2/12.

Nell'epigrafe se da una parte gli atti da impugnare risultano piuttosto evidenti (esclusione, verbale di gara, formazione graduatoria ed aggiudicazione), occorre fare attenzione ai soggetti controinteressati, in quanto la traccia evidenzia che Omega si classificherebbe seconda qualora ammessa alla fase di valutazione dell'offerta, per cui oltre alla stazione appaltante (resistente), quale controinteressato potrebbe non esservi solo l'aggiudicataria (kappa in costituendo atp con delta), bensì anche l'eventuale ulteriore concorrente (d'identità sconosciuta per la traccia) classificata seconda in graduatoria e che verrebbe retrocessa in ipotesi di accoglimento del ricorso di Omega.

Sempre in epigrafe occorre richiedere, in conseguenza dell'annullamento dell'atto di esclusione, la comminatoria dell'obbligo a carico dell'Ente alfa alla riammissione di omega alla procedura con attribuzione alla medesima del punteggio spettante, che per traccia viene indicato utile per la collocazione in seconda posizione, e successivamente in prima posizione per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione e della graduatoria, con visto l'obbligo da chiedere in comminatoria al GA per la stazione appaltante di dar luogo ad esclusione dell'aggiudicataria a causa del vizio rilevato nell'offerta della medesima.

Il primo mezzo di gravame va svolto contro il provvedimento di esclusione, illegittimo dal momento che la stazione appaltante avrebbe dovuto acquisire d'ufficio la documentazione, detenuta da altra Amministrazione, a comprova del possesso dei requisiti tecnici.

Dal combinato disposto degli artt. 38, 41 e 48 del Codice dei contratti pubblici, si evince che il concorrente possa dimostrare il possesso dei requisiti anche mediante autocertificazioni ai sensi del DPR 445/2000 (Testo Unico sulla documentazione amministrativa). In particolare, l'art. 40 del menzionato DPR, come novellato dalla L. 183/2011, stabilisce che nei rapporti con la Pubblica Amministrazione i certificati sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni sostitutive; ai sensi del successivo art. 43, le Amministrazioni sono tenute ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso di altre amministrazioni.

Inoltre, ai sensi dell'art. 46 Codice contratti pubblici, possono essere escluse dalla gara solo le offerte che siano viziate per violazione delle prescrizioni di legge/regolamento recanti **espressa comminatoria d'esclusione, o per incertezza assoluta dell'offerta o per violazione del principio di segretezza (principio di tassatività delle cause di esclusione)**. L'art. 46 dispone poi che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati (c.d. "soccorso istruttorio").

Ebbene, anche nell'ambito delle gare pubbliche, le disposizioni sulle autocertificazioni introdotte con la L. 183/11 obbligano l'amministrazione ad acquisire d'ufficio i documenti che provano il possesso dei requisiti dichiarati, qualora siano in possesso di altre amministrazioni; la stazione appaltante, in siffatta ipotesi, deve pertanto attivare il proprio potere-dovere di soccorso, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici.

Gli accertamenti d'ufficio disciplinati dall'art. 43, comma 1, D.P.R. 445/2000, come novellato dal citato art. 15 della L. 183/2011 (in vigore dal 1° gennaio 2012), riguardano tutte le ipotesi di informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 dello stesso D.P.R., dichiarazioni sostitutive che gli artt. 41 e 42 del codice dei contratti pubblici consentono ai concorrenti di utilizzare per comprovare i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-professionale, salvo verifica successiva da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 commi 1 e 3. Sul punto, vedasi sent. Consiglio di Stato 26.09.2013 n. 4785.

Nel caso di specie, la stazione appaltante Alfa, per verificare il possesso dei requisiti di capacità tecnica autocertificati da Omega, avrebbe dovuto acquisire l'opportuna documentazione detenuta dall'Amministrazione presso la quale aveva operato la ricorrente. All'applicazione al caso in esame della disciplina sulle autocertificazioni introdotta con la L. 183/2011 (in vigore dal 1° gennaio 2012) non osta il fatto che il bando di gara sia anteriore alla novella, dal momento che l'autonoma fase procedimentale di valutazione delle offerte si è svolta successivamente, nella piena vigenza della riforma. In conclusione occorre insistere per l'annullamento (previa misura cautelare) dell'ingiusto provvedimento di esclusione, che ha impedito alla ricorrente di essere valutata e collocata in graduatoria in posizione utile per concorrere all'aggiudicazione.

Occorre poi impugnare il provvedimento di aggiudicazione in favore della costituenda ATI tra Delta e Kappa; contro tale determinazione, le censure riguarderanno la mancata indicazione delle prestazioni che avrebbero dovuto svolgere le imprese raggruppate, nonché l'impossibilità di riferire la cauzione provvisoria (mediante fideiussione) all'impresa mandante.

Sotto il primo profilo, l'art. 37 Codice contratti pubblici prescrive che i raggruppamenti temporanei d'impresa specifichino nell'offerta le parti di servizio eseguite da ogni soggetto del gruppo.

Ciò in relazione al sistema di responsabilità verso la P.A., descritto dal comma 5° della disposizione in parola, ed al fine di rendere chiara la percentuale di servizio svolta da ogni componente, per consentire ogni valutazione in merito all'affidabilità degli operatori raggruppati.

Dal momento che la finalità della suddetta prescrizione informativa è quella di consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese a svolgere effettivamente le «parti» di servizio indicate, consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta, l'offerta contrattuale che non contiene una tale specificazione delle «parti» di servizio deve ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l'esecutore di una determinata prestazione nell'ambito del RTI e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta.

In tal senso, si è espresso C.d.S. Ad. Plen. 13/6/2012, n. 22.

Nel caso di specie, l'offerta del costituendo RTI tra Delta e Kappa risulta viziata e la concorrente va pertanto esclusa, per la mancata indicazione delle prestazioni riferibili alle imprese raggruppate.

Con riferimento al secondo motivo di gravame (utile a contestare la legittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata), la cauzione provvisoria (disciplinata dall'art. 75 Codice contratti pubblici) copre il rischio relativo alla mancata sottoscrizione del contratto d'appalto per fatto dell'aggiudicatario, svolgendo nel contempo una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

La ratio dell'istituto, e dunque aspetto principale da prendere in considerazione dalla stazione appaltante, è la garanzia offerta dalla polizza fideiussoria in ordine ai rischi connessi al possibile inadempimento di tutte le imprese dell'ATI costituenda nel corso della procedura. L'esigenza da perseguire, infatti, è che la stazione appaltante sia garantita nei confronti di tutti i partecipanti all'ATI e fino a quando non verrà disposta l'aggiudicazione (da cui seguirà l'obbligo di depositare la cauzione definitiva).

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, ma sono garantite tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara. Ne consegue che il fideiussore deve garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto dichiarato mandatario, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento delle mandanti, e cioè deve garantire l'amministrazione nel caso in cui, per fatto imputabile anche soltanto a taluno degli offerenti in ATI, il contratto non possa essere stipulato. E così, nel caso di ATI costituende, la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara. (Cons. Stato 12/04/2013, n. 1996)

Nella fattispecie in esame, la cauzione fideiussoria è stata presentata solo dalla capogruppo Kappa e non è espressamente e chiaramente estesa anche nei confronti della mandante Delta; pertanto risultando la documentazione di detto concorrente ulteriormente mancante di requisiti necessari per l'utile partecipazione alla procedura, in sede di verifica dei medesimi doveva essere adottata sanzione espulsiva.

Nella parte conclusiva occorre porre attenzione alla corretta formulazione dell'istanza cautelare, dando atto della sussistenza dei requisiti di *fumus* e *periculum* utili per l'accoglimento da parte dell'adito GA.

In merito all'imminenza della sottoscrizione del contratto la traccia nulla osserva, per cui può essere lasciata al candidato la scelta di svolgere opportune istanze tese a cautelare la ricorrente dall'intervenuta sottoscrizione, tutelandola con richieste anche in forma specifica, prima ancora che per equivalente monetario. Particolare cura nella redazione delle conclusioni, complete in ogni sua parte ivi compreso il c.u. *ratione materiae*.