**LA CAUZIONE PROVVISORIA**

**a cura dell’ Avv. Francesco Mascia\***

***L’art. 75 del D.Lgs. 163/2006 prevede che tutti i partecipanti ad una gara per l’affidamento di un pubblico appalto prestino a corredo dell’offerta una garanzia: la cd. cauzione provvisoria. Quest’ultima c****ostituisce un impegno assunto da un soggetto terzo rispetto alle parti contraenti, che svolge una funzione servente e accessoria rispetto all’impegno derivante dall’offerta, tesa a garantire l’amministrazione in caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’affidatario. Il contributo ripercorre gli orientamenti giurisprudenziali (talvolta contrastanti) sviluppatisi in ordine alla natura, funzione e corretta applicazione dell’istituto della cd. cauzione provvisoria. Di particolare interesse è la questione relativa alla possibilità o meno, per la stazione appaltante, di escludere* ***dalla gara il concorrente per la mancata allegazione o l’incompletezza della garanzia provvisoria: il dibattito non ha ancora trovato pacifica soluzione!***

**I. L’istituto; II La giurisprudenza 1. Natura e funzione; 2. Fideiussione o contratto autonomo di garanzia?; 3. La cauzione prestata dai Raggruppamenti Temporanei di Imprese e dai Consorzi; 4. Validità della garanzia; 5. Riduzione e svincolo della garanzia; III Le questioni aperte: 1. L’esclusione dalla gara per assenza o incompletezza della garanzia provvisoria; 2. La cauzione provvisoria negli affidamenti in economia; IV Soluzioni e prospettive.**

1. **L’istituto**

L’art. 75 del Codice dei contratti pubblici **recepisce il contenuto degli artt. 30, della Legge n. 109/1994, e 100 del D.P.R. n. 554/1999 (ora abrogati), estendendolo anche agli appalti di forniture e servizi. Nell’ambito di questi ultimi settori, infatti, l’ordinamento, non aveva mai previsto espressamente l’obbligo del deposito di una cauzione provvisoria a garanzia delle obbligazioni assunte dal** concorrente e la dottrina, in proposito, è sempre stata concorde nell’escludere per analogia l’applicazione delle norme sui lavori pubblici.

La norma in commento stabilisce che l’offerta sia corredata da una garanzia equivalente al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell’invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell’offerente.

La garanzia prestata dai concorrenti copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario e persegue una duplice finalità: da un lato, tutela la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto, costituendo una liquidazione del danno nel caso non si addivenga alla sua stipula per causa imputabile all’aggiudicatario e, dall'altro, assolve alla funzione di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata.

Il legislatore prevede, inoltre, che la cauzione abbia un periodo minimo di validità di almeno centottanta giorni, fatta salva la possibilità di prevedere nella lex specialis un termine maggiore o minore.

**L’offerta deve essere corredata, altresì, dall’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l’esecuzione del contratto qualora il concorrente dovesse aggiudicarsi la gara. La norma, che riprende il disposto di cui all’art. 30, legge n. 109/1994, è pacificamente interpretata nel senso che, l’impegno a costituire la cauzione definitiva, venga assunto dal fideiussore verso il concorrente e non a favore della stazione appaltante**[[1]](#footnote-1)**. La dottrina è divisa sulla funzione di tale disposizione, la quale, secondo alcuni, sarebbe totalmente inutile, mentre, secondo altri, configurerebbe un contratto preliminare unilaterale a carico del solo proponente, avente lo scopo di salvaguardare gli interessi della stazione appaltante rafforzando, mediante un ulteriore impegno, il sistema di garanzie predisposto dal legislatore.**

**Ad ogni modo la mancata presentazione in sede di offerta dell’impegno a rilasciare la garanzia definitiva comporta l’esclusione del concorrente dalla gara, rientrando tale prescrizione tra le cause tassative di esclusione previste dall’art. 46 comma 1-bis del Codice.**

1. **LA GIURISPRUDENZA**
2. **Natura e funzione**

**Il comma 1 dell’art. 75 del D.Lgs. 163/2006 stabilisce che la garanzia debba essere fissata nella misura del 2% del prezzo base indicato nel bando di gara o nella lettera di invito.**

**La garanzia può essere prestata sotto forma di cauzione, oppure tramite fideiussione bancaria, assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari. Il Codice distingue, all’uopo, tra garanzie reali e personali: per garanzie reali si intendono il pagamento in contanti o in titoli del debito pubblico depositati a titolo di pegno a favore dell’Ente appaltante presso la tesoreria provinciale o istituti di credito autorizzati**[[2]](#footnote-2)**; riguardo alle garanzie personali, quella prestata tramite fideiussione bancaria è stata sempre assimilata a quella resa con polizza assicurativa, benché i due contratti siano ben diversi. Inoltre, con l’art. 345, comma 50, legge n. 388/2000, è stata concessa la possibilità di rilasciare fideiussioni per le procedure a evidenza pubblica anche agli intermediari finanziari (esclusi dalla precedente normativa), equiparandoli di diritto agli istituti di credito e alle compagnie assicurative. Si evidenzia che il comma 3 dell’art. 75 del Codice (come modificato dall'articolo 28, comma 1, del D.Lgs. 19 settembre 2012, n. 169), ha precisato che la fideiussione potrà essere bancaria, assicurativa, oppure rilasciata dagli intermediari iscritti nell'apposito albo “*che svolgono in via esclusiva o prevalente attivita' di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una societa' di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”.***

**L’art. 75, comma 6 del Codice individua la funzione della garanzia provvisoria nella tutela della stazione appaltante in caso di mancata sottoscrizione del contratto “per fatto dell’affidatario».**

**La disposizione riproduce in parte il comma 1 dell’art. 30, Legge n. 109/1994 il quale, oltre a tale locuzione, prevedeva anche l’incameramento della cauzione “per volontà dell’aggiudicatario”. Sulla portata dell’espressione “fatto dell’affidatario” vi è stato un aperto contrasto giurisprudenziale, in cui si fronteggiavano due orientamenti principali: secondo il primo, sostenuto prevalentemente dai giudici di primo rado, la sanzione dell’escussione della cauzione provvisoria troverebbe applicazione esclusivamente in caso di accertata carenza dei requisiti di carattere speciale. Ciò in quanto la locuzione “*la cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’aggiudicatario*” muoverebbe dall’indefettibile presupposto della qualità di “affidatario”, che certamente non sarebbe rinvenibile nei confronti delle imprese che, in difetto di uno o più requisiti di ordine generale, sarebbero, per legge, escluse dalla gara e, dunque, non avrebbero accesso alle ulteriori fasi della procedura. Il cosiddetto “fatto dell’aggiudicatario”, pertanto, sarebbe quello proprio dell’impresa che, una volta definitivamente ammessa alla gara, sia divenuta aggiudicataria e che, successivamente, per fatto proprio, non consenta la stipulazione del contratto (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 11.5.2011, n. 923; T.A.R. Sicilia, sez. III, 27.12.2010, n. 14395; T.A.R. Piemonte, 21.12.2009, n. 3699; T.A.R. Toscana, sez. I, 23.9.2009, n. 1473; T.A.R. Veneto, sez. I, 13.3.2009, n. 608; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 8.8.2008, n. 9943).**

**Di tutt’altro avviso l’opposto indirizzo tenuto dal Supremo Consesso amministrativo, secondo cui l’escussione della cauzione provvisoria riguarderebbe tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario, intendendosi in tal modo qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare, ma anche il difetto dei requisiti sia speciali sia generali, ex art. 38, D.Lgs. n. 163 del 2006, *“poiché la cauzione provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell’ampio patto d’integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche*” (Cons. Stato, sez. V, 9.11.2010, n. 7963; Cons. Stato, Sez. V, 6.4.2009, n. 2140; Cons. Stato, Sez. IV, 20.7.2007, n. 4098; nello stesso senso anche Cons. giust. amm. Sicilia    sez. giurisd. 13/02/2012 n. 173; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 3.5.2011, n. 677; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3.11.2010, n. 33141).**

**A dirimere il contrasto giurisprudenziale è intervenuta l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con sentenza del 04/05/2012 n. 8) la quale, in aderenza al secondo orientamento, ha stabilito che la possibilità di incamerare la cauzione provvisoria riguardi tutte le ipotesi di mancata sottoscrizione del contratto, intendendosi per fatto dell'affidatario qualunque ostacolo alla stipulazione a lui riconducibile, dunque non solo il rifiuto di stipulare o il difetto di requisiti speciali, ma anche il difetto di requisiti generali di cui all'art. 38 del D.L.gs. 163/2006 (in senso conforme anche T.A.R.  Lecce (Puglia)  sez. I 20/09/2012 n. 1567; T.A.R.  Roma (Lazio)  sez. III 08/11/2012 n. 9166).**

**Parte della dottrina configura la cauzione provvisoria come caparra penitenziale ex art. 1386 cod. civ., per cui l’operatore economico che si rifiutasse di stipulare il contratto perderebbe soltanto la caparra, senza che l’Amministrazione possa pretendere il pagamento di eventuali maggiori danni. Tale orientamento è stato aspramente criticato e superato dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria (Cassazione civile sez. un., 4 febbraio 2009, n. 2634; T.A.R. Roma Lazio sez. I, 19 marzo 2010 n. 4321; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15.1.2010, n. 280; Consiglio Stato sez. VI, 11 agosto 2009 n. 4914; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 16 ottobre 2006, n. 2201; Consiglio Stato, sez. VI, 03 marzo 2004, n. 1058; C. Conti reg. Puglia, sez. giurisd., 24 febbraio 2006, n. 196) che riconducono la cauzione provvisoria alla figura della caparra confirmatoria di cui all’art. 1385 cod. civ. Ciò per due ordini di motivi: da un lato, perché l’avversa tesi non avrebbe tenuto conto del fatto che la norma ha ampliato la sfera di operatività dell’istituto, prevedendo che la mancata sottoscrizione del contratto fosse imputabile anche per fatto dell’aggiudicatario; dall’altro, la natura di caparra confirmatoria risulterebbe più coerente con l’esigenza di non vulnerare l’interesse dell’Amministrazione a pretendere il maggior danno patito (ad esempio in relazione alle spese affrontate per rinnovare la gara di appalto). Tale indirizzo è stato confermato anche da una recente sentenza del Supremo Consesso amministrativo secondo la quale *“****in tema di appalto di lavori pubblici, la cauzione provvisoria, prevista dall'art. 30 l. n. 109 del 1994 (al pari della garanzia fideiussoria da cui può essere sostituita), oltre a svolgere la funzione di garantire la serietà dell'offerta, con la conseguenza che ove l'aggiudicatario non stipuli il contratto decade dall'aggiudicazione e la stessa viene incamerata dall'appaltante, si configura come caparra confirmatoria, e non come clausola penale o come pegno irregolare. Conseguentemente, diversamente dalla clausola penale, dove il danno sopportato dal creditore viene risarcito solo con la promessa di una prestazione di una somma di denaro o cose fungibili, e dal pegno irregolare, dove il danno è risarcito con l'assegnazione, sino a concorrenza, del pegno ad opera del giudice, al contraente beneficiario è consentito, non solo di incamerare immediatamente le somme oggetto della cauzione, ma anche di richiedere il risarcimento del maggior danno da inadempimento*” (Consiglio di Stato  sez. V  15/04/2013 n. 2061; Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2634).

**Una parte della giurisprudenza amministrativa, tuttavia, si è discostata da tali interpretazioni affermando, invece, che la cauzione provvisoria svolga la funzione, non di caparra confirmatoria, ma di una vera e propria clausola penale, determinando in questo modo la liquidazione preventiva e forfettaria del danno subito dall’amministrazione in conseguenza dell’accertato inadempimento dell’obbligo di stipulare il contratto. Come per la caparra penitenziale, anche in questo caso la stazione appaltante non avrebbe alcun titolo per chiedere all’appaltatore ulteriori somme rispetto a quella garantita**[[3]](#footnote-3)**, salvo che non venga convenuto diversamente (art. 1382 comma 1 c.c.).**

1. **Fideiussione o contratto autonomo di garanzia?**

**Il comma 4 dell’art. 75, richiede che la garanzia (fideiussoria) debba prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e sia escutibile entro 15 giorni a semplice richiesta scritta da parte della stazione appaltante; la norma esige, inoltre, l’espressa rinuncia all’eccezione di cui all’art. 1957, comma 2, cod. civ. La presenza di tali elementi viene ritenuta essenziale, e la loro mancanza comporta l’esclusione del concorrente. Secondo l’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, infatti, costituisce causa di esclusione *“la cauzione non conforme a quanto stabilito dall’art. 75, comma 4 e, pertanto, priva della rinuncia espressa al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della rinuncia all’eccezione di cui all’art. 1957, comma 2, c.c., nonché priva della clausola di operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante*” (AVCP Determinazione n. 4 del 10.10.2012).**

**Secondo la giurisprudenza prevalente l’inserimento delle prescrizioni sopra indicate qualificherebbe la fideiussione bancaria o assicurativa prestata, come un contratto autonomo di garanzia.**

**Questi ultimi costituiscono delle fattispecie contrattuali in base alle quali una parte si obbliga, a titolo di garanzia, a eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore, indipendentemente dall’esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base. In particolare, il contratto autonomo di garanzia (c.d. "Garantievertrag") ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile, (contrariamente al contratto del fideiussore il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui); inoltre, la causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no (mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l'elemento dell'accessorietà, è tutelato l'interesse all'esatto adempimento della medesima prestazione principale). Ne deriva che, mentre il fideiussore è un "vicario" del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto indipendente rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all'adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.**[[4]](#footnote-4)

**È ammesso, tuttavia, che il garante possa opporsi alla richiesta di pagamento del creditore in determinate circostanze. Se è vero, infatti, che l’elemento caratterizzante il contratto autonomo di garanzia consiste nel comprimere al massimo la possibilità di proporre eccezioni fondate sul rapporto principale, è altrettanto vero che sussiste l’esigenza di salvaguardare la natura del rapporto giuridico di garanzia (pur se autonomo), nonchè la tutela del fondamentale principio di buona fede (con la conseguenza che al garante deve ritenersi consentito opporre l’esecuzione fraudolenta o abusiva del contratto di garanzia) ed impedire risultati che l’ordinamento vieta (e quindi consentire al garante di opporre la nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa).**

**Tali esigenze sono state prese in considerazione, oltre che dalla dottrina, anche dalla giurisprudenza, la quale ha stabilito che il garante possa opporre al beneficiario:**

**A) l’inesistenza del contratto principale;**

**B) la nullità di quest’ultimo per contrarietà a norme imperative o per illiceità della sua causa, tendendo altrimenti il contratto di garanzia ad assicurare un risultato che l’ordinamento vieta;**

**C) l’esecuzione fraudolenta ovvero abusiva, comprendendo in quest’ultima ipotesi anche il caso di adempimento dell’obbligazione principale, se il garante ha fornito prova liquida ed incontestabile di detto adempimento (Cass. Civ., sez. III, 24.4.2008, n. 10652; Cass. Civ., 14.12.2007, n. 26262).**[[5]](#footnote-5)

1. **La cauzione prestata dalle Associazioni Temporanee di Imprese e dai Consorzi**

**In presenza di A.T.I. (associazioni temporanee di imprese) costituende la cauzione provvisoria deve garantire due obbligazioni: la prima, quella 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; la seconda, quella finale della capogruppo alla sottoscrizione del contratto. Ciò si spiega con il fatto che in presenza di una A.T.I. costituenda, il soggetto garantito non è il raggruppamento nel suo complesso (non essendo ancora stata costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata, per cui debbono essere garantite tutte le imprese associande che durante la gara operino individualmente e responsabilmente nell’assolvimento degli impegni ivi connessi. Ne consegue che il fideiussore debba 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 l’adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalla partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica. Tale principio è saldamente confermato dalla giurisprudenza secondo cui “*Nel caso di partecipazione alla gara di appalto di un costituendo r.t.i., la cauzione provvisoria deve essere inderogabilmente intestata non solo alla società capogruppo ma anche alle singole mandanti: ciò affinché possa essere individuata l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi soggettivi ed oggettivi onde 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 dalle future mandanti*” (Consiglio di Stato sez. V 26/03/2012 n. 1732; Cons. Stato, Sez. V, 2.11.2011 n. 5841; Cons. Stato, Sez. V, 11.11.2011 n. 5959; Cons. Stato, sez. V, 7.4.2011, n. 2169;** [**Cons. St., ad. plen., 4 ottobre 2005, n. 8**](http://www.iusexplorer.it/giurisprudenza/ShowCurrentDocument?IdDocMaster=1600684&IdUnitaDoc=0&NVigUnitaDoc=1&IdDatabanks=0&Pagina=0)**; T.A.R.  Catanzaro (Calabria)  sez. I 12/12/2012 n.1171 T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 17.6.2011, n. 594).**

**L’obbligo di costituzione della fideiussione a favore di tutti i partecipanti dell’A.T.I. pare sussistere anche a seguito dell’introduzione dell’art. 46 comma 1-bis del Codice. Il Bando-Tipo adottato dall’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, stabilisce che la mancata intestazione della cauzione a tutte le imprese associande determina l’esclusione dell’offerente (AVCP Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012). Quanto detto non comporta naturalmente che la polizza venga sottoscritta da tutte le imprese, essendo necessario solamente che la garanzia sia operativa nei confronti di tutti i partecipanti al raggruppamento ( T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I, 27 marzo 2008, n. 317). Non solo, per effetto del comma 1 bis aggiunto all’art 46 del D.Lgs. n. 163/2006, la clausola del bando che dovesse richiedere la sottoscrizione della cauzione da parte delle imprese raggruppande, sarebbe nulla “…*dovendosi considerare quale condizione di validità della polizza e, quindi, quale condizione di efficacia dell'offerta, sanzionabile - in mancanza - con l'esclusione, solo l'intestazione della stessa a tutti i partecipanti all'ATI, restando invece indifferente la sottoscrizione o meno da parte di ciascuno di essi*”(Tar Lazio, Roma 14 febbraio 2012 n. 1487).**

**Diversamente da quanto avviene per le A.T.I., nessuna disposizione normativa prevede che per i consorzi stabili o di produzione lavoro la cauzione debba essere intestata, oltre che al consorzio, anche alle consorziate. Anzi, si segnala una recente giurisprudenza che esclude espressamente tale onere per i Consorzi stabili, in ragione della differente natura del consorzio in questione, notoriamente considerato come un soggetto giuridico distinto dai consorziati ed unica controparte nell'ambito del rapporto di appalto (T.A.R.  sez. III  Palermo , Sicilia 12/11/2012 n. 2320).**

1. **La validità della garanzia**

**La garanzia provvisoria deve avere una validità non inferiore a centottanta giorni dalla data di presentazione dell’offerta. Su quale sia il dies a quo per il computo della sua durata ci sono stati divergenti orientamenti.**

**Ci si chiedeva se il termine dovesse decorrere dalla data di presentazione della singola offerta o dalla data di scadenza per la presentazione di tutte le offerte. La giurisprudenza ha preferito la seconda interpretazione, sul presupposto del combinato disposto dell’art. 11 comma 6 del Codice – il quale prevede che l’offerta sia vincolante per il periodo indicato nel bando o nell’invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni, decorrenti dalla scadenza del termine per la sua presentazione – e dell’art. 75 comma 5 del Codice – il quale dispone che la garanzia debba avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell’offerta. Il legislatore, in tal modo, avrebbe inteso equiparare i termini minimi di irrevocabilità dell’offerta ai termini di durata minima della cauzione, stante la duplice finalità di quest’ultima di garantire la stazione appaltante dall’eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario e di assicurare, altresì, l’affidabilità e la serietà dell’offerta presentata fino al momento della stipula del contratto e della presentazione della cauzione definitiva (Tar Calabria, Catanzaro 6 giugno 2012 n. 537; Cons. Stato, Sez. VI, sent. n. 6211, 11.12.2001; AVCP Parere n.54 del 23/04/2009).**

**Il comma 5 dell’art. 75 consente alle stazioni appaltanti di richiedere, nel bando o nell’invito, un termine della garanzia maggiore o minore di centottanta giorni, nonché l’impegno del garante di rinnovare la garanzia per la stessa durata indicata nel bando nel caso in cui alla scadenza non sia avvenuta l’aggiudicazione. È evidente la funzione della norma di tutelare la stazione appaltante contro i notori inconvenienti, gli imprevisti e i ritardi che, di regola, affliggono, le procedure di gara degli appalti pubblici, tali da ostacolare l’esito e la tempestiva sottoscrizione dei relativi contratti.**

1. **La riduzione e lo svincolo della garanzia**

**Il comma 7 dell’art. 75 contiene una disposizione di favore nei confronti delle imprese che abbiano conseguito la certificazione del sistema di qualità, rilasciata dagli organismi accreditati e secondo gli standard internazionali, conformemente alle norme della serie UNI CEI ISO 9000. Prima della riforma operata con il Terzo decreto correttivo la norma stabiliva, invero, che la riduzione del 50% dell’importo della garanzia venisse applicato anche in caso di dichiarazione attestante la presenza, in capo all’operatore economico, di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità conforme alle norme UNI CEI ISO 9000; tale dichiarazione, poiché prevista per un tempo limitato ed ora non più dovuta, è stata abrogata dal D.Lgs. n. 152/2008.**

**Il possesso della certificazione di qualità fa presumere l’idoneità e l’affidabilità dell’operatore economico in ordine all’espletamento dei lavori, forniture o servizi della stessa natura di quelli oggetto dell’appalto. La norma prevede, pertanto, che per le imprese in possesso della suindicata certificazione venga dimezzato l’importo della garanzia. È discusso, tuttavia, se il partecipante debba presentare in sede di offerta, oltre alla documentazione dimostrante il possesso della certificazione del sistema di qualità, anche una dichiarazione di volersi avvalere della riduzione del 50% della cauzione. Secondo un indirizzo giurisprudenziale, il beneficio della riduzione della cauzione postulerebbe (oltre, alla ovvia dimostrazione documentale circa il possesso di tale requisito) una manifestazione di volontà dell’impresa di volersi avvalere della riduzione, dichiarazione in mancanza della quale la stazione appaltante si troverebbe di fronte ad una garanzia di importo ingiustificatamente dimezzato e tale circostanza, oggettivamente considerata, integrerebbe addirittura gli estremi di una legittima causa di esclusione (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 14.3.2011, n. 2310; T.A.R. Campania, sez. VIII, 9.3.2010, n. 1331; Cass. civ., Sez. I, 28.6.2005, n. 8841). Di diverso avviso l’orientamento maggioritario, secondo il quale, al fine di beneficiare del dimezzamento della cauzione, sarebbe sufficiente allegare la certificazione di qualità in originale o copia autentica, poiché la dichiarazione di volersi avvalere di tale riduzione sarebbe implicita con la produzione della certificazione stessa (Cons. Stato, sez. V, 14.10.2003 n. 6280; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 14.2.2008, n. 280; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 27.2.2007, n. 614; Autorità Vigilanza, Deliberazione n. 102 del 5.11.2009; Autorità Vigilanza, Parere di Precontenzioso n. 164 del 20.12.2007). In effetti sarebbe illogico ed irragionevole ritenere che un soggetto che presenti la certificazione del sistema di qualità, richiesta, tra l’altro, dal bando di gara al fine di ottenere il dimezzamento della cauzione, non abbia poi l’intenzione e la volontà di utilizzarla in tal senso; si aggiunga, ancora, che la manifestazione di volontà dell’impresa citata dalla giurisprudenza campana, non viene richiesta neanche dall’art. 75 comma 7 del Codice, il quale prevede che il partecipante debba solo “segnalare” il possesso del requisito e non dichiarare espressamente di volersi avvalere della riduzione dell’importo della cauzione.**

**Sempre con riferimento alla certificazione del sistema di qualità, si richiama un apprezzabile indirizzo giurisprudenziale che, contrariamente a quanto sostenuto in precedenza (vedi T.A.R. Veneto, sez. I, 14.1.2005, n. 67), consente ai concorrenti di comprovarne il possesso mediante dichiarazione sostitutiva: «*Il possesso della certificazione di qualità può documentarsi mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell’art. 46 del DPR 445/2000 ovvero con una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da rendersi ai sensi del combinato disposto degli artt. 47 co. 1 e 38 co. 3 del D.P.R. 445/2000. È dunque consentito, salva ogni successiva verifica, dichiarare il possesso della certificazione di qualità senza dover produrre anche la copia della relativa certificazione» (*AVCP, Parere di Precontenzioso n. 193 del 3.11.2010; Cons. Stato, Sez. V, 19.4.2007, n. 1790; Cons. Stato, Sez. VI, 19.1.2007, n. 121; TAR Lazio, sez. III-quater, 1.2.2008, n. 899).**

**Un altro importante profilo riguarda la sanzione da comminare all’operatore economico qualora dovesse presentare una cauzione dimidiata senza però dimostrare il possesso della certificazione di qualità. Secondo l’orientamento del Supremo Consesso amministrativo la stazione appaltante dovrebbe comunque ammettere il partecipante per due ordini di motivi: da un lato, poiché nessun obbligo in tal senso sarebbe desumibile dall’art. 43 del Codice dei contratti; dall’altro perché l’art. 75, comma 1, non prescrivendo l’esclusione dalla gara in tali circostanze, consentirebbe implicitamente la regolarizzazione della cauzione medesima ai sensi dell’art. 46 comma 1bis del Codice dei contratti (Consiglio di Stato - sezione III - Sentenza n. 5203 del 4 ottobre 2012 n. 5203). Anche secondo l’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, in tali ipotesi, il concorrente non dovrebbe essere escluso, ma a patto che abbia segnalato di essere in possesso della certificazione di qualità: secondo l’organo di vigilanza, differentemente da quanto affermato dal Consiglio di Stato, la regolarizzazione avrebbe ad oggetto la documentazione comprovante il possesso della certificazione di qualità e non l’integrazione della cauzione provvisoria (AVCP Determinazione n. 4 del 10.10.2012).**

**Non è chiaro se la riduzione del 50% della cauzione provvisoria possa essere applicata anche nell’ipotesi in cui ciò non sia previsto espressamente nel bando di gara. Dall’interpretazione letterale dell’art. 75 del D.Lgs. 1632006 sembrerebbe che la norma sia automaticamente applicabile, nel senso che il beneficio della riduzione della cauzione debba ritenersi operante indipendentemente da un’espressa previsione da parte della lex specialis di gara, che non potrebbe nemmeno legittimamente escluderne a priori l’operatività**[[6]](#footnote-6)**.**

**L’ultimo comma dell’art. 75 disciplina lo svincolo della garanzia nei confronti dei non aggiudicatari. Diversamente dall’art. 30, legge n. 109/1994, la cauzione provvisoria viene attualmente restituita ai concorrenti non aggiudicatari all’atto della comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione, tempestivamente o entro un termine non superiore a trenta giorni dall’aggiudicazione. Al riguardo è stato osservato che la cessazione della garanzia non si verificherebbe in modo automatico, in quanto la norma disporrebbe, a carico dell’amministrazione, l’obbligo di procedere allo svincolo della stessa entro trenta giorni dall’aggiudicazione. L’attribuzione alla stazione appaltante del potere di far cessare l’efficacia della garanzia troverebbe la sua ratio nel fatto che, a seguito della verifica dei requisiti in capo al primo ed al secondo in graduatoria, potrebbe accadere che gli stessi non ne abbiano il possesso, per cui si dovrà procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell’offerta ed alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione sussistendo, pertanto, la necessità di mantenere in vita le cauzioni provvisorie dei partecipanti diversi dal primo e dal secondo**.

**Pur essendo difficile giungere a tali conclusioni da una mera interpretazione letterale del dato normativo, pervenire ad una soluzione differente sarebbe contrario alle finalità perseguite dall’istituto della cauzione provvisoria. Si pensi al disposto di cui all’art. 113 comma 4 del D.Lgs. 163/2006, secondo il quale la mancata costituzione della garanzia definitiva determina l’incameramento della cauzione provvisoria dell’aggiudicatario, la decadenza dell’affidamento e l’aggiudicazione dell’appalto al secondo concorrente. Orbene, se l’affidatario, trascorsi i trenta giorni dall’aggiudicazione, rifiutasse di stipulare il contratto di appalto, l’amministrazione non avrebbe nessuna garanzia nei confronti del secondo classificato, poiché la cauzione gli sarebbe già stata restituita**[[7]](#footnote-7)**.**

1. **Le questioni aperte**
2. **L’esclusione dalla gara per assenza o incompletezza della garanzia provvisoria**

**Si è già detto che la garanzia in commento è tesa a garantire l’Amministrazione aggiudicatrice in ordine all’affidabilità dell’offerta, alla serietà della partecipazione ed alla correttezza del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara. L’inottemperanza a tale prescrizione entro i termini previsti dalla lex specialis ha sempre comportato l’esclusione del concorrente.**

**La prevalente giurisprudenza, infatti, riteneva che l’art. 75 del D.lgs. 163/2006 fosse una norma imperativa, inderogabile e vincolante per l’Ente committente, in quanto correlata alla tutela dell’interesse di quest’ultimo; essa, inoltre, veniva ritenuta parte integrante dell’offerta e non elemento di corredo della stessa da richiedere e quantificare discrezionalmente della stazione appaltante. Per tali motivi la mancata produzione della garanzia o la sua difformità dalle prescrizioni di legge, giustificava l’esclusione dalla gara del concorrente (Consiglio di Stato 5 agosto 2011 n. 4712; Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746).**

**Tuttavia, a seguito dell’introduzione dell’art. 46, comma 1-bis, del Codice degli appalti (aggiunto dall’art. 4, II comma, n. 2, lett. “d” del D.L. n. 70/2011), è emerso un orientamento giurisprudenziale secondo cui la predetta esclusione non potrebbe più comminarsi in quanto, tra la cause tassative di esclusione previste dalla citata disposizione, non rientrerebbe la prestazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente. Di conseguenza, la deficitaria prestazione della garanzia imporrebbe all’amministrazione di richiedere sempre la sua regolarizzazione, vietandole di disporre, per tale motivo, l’esclusione (T.A.R.  Palermo sez. III 19/03/2013 n. 647; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 8 marzo 2012, n. 2308;** [**TAR Campania, Sentenza, Sez. I, 11/10/2012, n. 4066**](http://dottrinaediritto.ipsoa.it/entry.jsp?visualizza_doc=1098585) **; T.A.R. Veneto, sez. I, 13.9.2011, n. 1376; T.A.R. Veneto, 8.11.2011, n. 1659; T.A.R. Liguria, 22.9.2011, n. 1396).**

**Tale posizione ha trovato conferma anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale “*La norma (ovvero l’art. 75, comma 6) non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell’offerta o di esclusione del concorrente per l’ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l’ 8° comma dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell’importo contrattuale per l’esecuzione del contratto, qualora l’offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all’offerta… La disposizione dell’art. 75, comma 6, cod. contratti, va, dunque, intesa nel senso indicato dal giudice di primo grado, ovvero nel senso che l’Amministrazione non può disporre l’esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto, e in applicazione della regola di cui all’art. 46, comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l’integrazione della cauzione insufficiente”* (Cons. Stato, sez. III, 4 ottobre 2012, n. 5203; Cons. Stato, sez. III, 1.2.2012, n. 493).**

**Secondo una tesi ancora più estrema il divieto di esclusione sussisterebbe, non solo in caso di cauzione di importo deficitario, ma addirittura nell’ipotesi di mancata presentazione della garanzia stessa. A tale conclusione si giungerebbe in ragione della finalità del nuovo art. 46 comma 1-bis del D.L.gs. 163/2006, che è quella di limitare le cause di esclusione dalle gare e favorire, in ossequio al principio del favor partecipationis, la regolarizzazione delle domande e delle offerte prive dei requisiti richiesti dalla legge o dal bando. Di conseguenza, secondo questa tesi, dovrebbe ritenersi affetta da nullità, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici, la clausola del bando che preveda quale causa di esclusione dalla gara la *“mancata allegazione della polizza fideiussoria di cui all'art. 75, comma 1 D.Lgs. 163/2006”* . (T.A.R.  sez. II  Roma , Lazio 03/01/2013 n. 16; Tar Piemonte, Torino del 10  maggio 2013 n. 598)**

**Il sopra citato orientamento, seppur prevalente, ha trovato recentemente dei pareri discordi nella giurisprudenza di primo grado.**

**Il TAR Sardegna, con una recente pronuncia, ha affermato che la presentazione di una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dovrebbe comportare l’esclusione dalla gara del concorrente. Ad avviso del Tribunale sardo, dalla lettura dell’art. 75 commi 1 e 6 del D.Lgs. 163/2006 (secondo i quali l’offerta deve essere corredata da una garanzia che persegue il fine di «coprire» la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario «*ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo*»), si desumerebbe che la cauzione provvisoria costituisca, strutturalmente, parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa che la stazione possa liberamente richiedere e quantificare. E ciò sarebbe dimostrato anche dal fatto che la sua omessa menzione nella disciplina di gara non ne impedirebbe l’applicazione avendo, le norme primarie che la prevedono, portata etero integrativa. In conclusione, secondo il giudice di prime cure, la prestazione della garanzia costituirebbe un elemento essenziale dell’offerta, e la stazione appaltante non potrebbe consentire alcuna integrazione in caso di mancata presentazione o importo deficitario della cauzione, pena l’alterazione della regola della par condicio delle imprese (Tar Sardegna, Sez. I, 13 febbraio 2013 n. 121).**

**Dello stesso avviso è l’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, secondo la quale, costituisce causa di esclusione, tanto la mancata presentazione della cauzione provvisoria, quanto la sua allegazione con importo inferiore a quello richiesto *(“Alla luce di quanto osservato, costituiscono cause di esclusione: mancata presentazione della cauzione provvisoria…. cauzione di importo errato in diminuzione, fermo restando quanto sopra circa l’errore formale; rientra, in tale ultima ipotesi, il caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza il rispetto di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000”)* (AVCP Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).**

1. **La cauzione provvisoria negli affidamenti in economia**

**Gli affidamenti in economia di lavori, servizi e forniture vengono regolamentati dall’art. 125 del D.Lgs. 163/2006, non trovando applicazione tutte le altre disposizioni del Codice se non espressamente richiamate dalla lettera di invito. Il comma 14 dell’art. 125 del D.Lgs. 163/2006 è illuminante al riguardo, stabilendo che *“i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento”.***

**In sostanza gli appalti in economia sono disciplinati: dall’art. 125 del D.Lgs. 163/2006, dalle norme di attuazione dell’art. 125 citato (contenute nel D.P.R. 207/2010) e dai principi desumibili dal Codice**[[8]](#footnote-8)**.**

**Sulla scorta delle considerazioni sopra esposte si è discusso se l’art. 75 del D.Lgs. 163/2006 potesse trovare applicazione anche agli affidamenti in economia.**

**Le recenti pronunce giurisprudenziali sembrano orientate nel senso di escludere tale possibilità.**

**E’ stato affermato, al riguardo, che nelle procedure di acquisizione in economia di servizi e forniture la stazione appaltante non sia tenuta a richiedere ai partecipanti la presentazione di una garanzia provvisoria atteso che, l’art. 125, commi 11, 12 e 14, del codice dei contratti, non farebbe alcun richiamo all’istituto della cauzione provvisoria né alcun rinvio all’art. 75 del Codice dei contratti. L’insussistenza dell’obbligo di prestare la cd. cauzione provvisoria agli affidamenti de quo, risulterebbe anche dalla lettura delle disposizioni contenute nel regolamento di esecuzione del codice (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) a cui rinvia il comma 14 dell’art. 125 del D.Lgs. 163/2006: infatti, l’art. 334, comma 1, lett. b), del D.P.R. 207/2010 (il quale indica il contenuto minimo che dovrebbe avere la lettera di invito nella procedura di cottimo fiduciario per l’affidamento di servizi e forniture) prevede la presentazione della sola cauzione definitiva da parte dell’affidatario del contratto, non menzionando invece nessun dovere di produrre la garanzia provvisoria (TAR Sardegna, sezione I, sentenza n. 275 del 9 marzo 2012; Tar Veneto, Sez. I, sentenza n. 379 del 14 marzo 2013). Tale orientamento è stato supportato anche dall’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture la quale, analogamente a quanto osservato dai giudici amministrativi, ha ritenuto che *“negli affidamenti in economia di ridotto importo, se non diversamente previsto dalla lex specialis di gara, non sussiste obbligo di allegare all’offerta la cauzione provvisoria di cui all’art. 75 D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163”* (**[**AVCP Parere 5 dicembre 2012 (AG 21/12)**](http://www.amministrativistaonline.it/prassi/avcp-parere-5-dicembre-2012-ag-21212/)**;** [**AVCP Parere 19 luglio 2012 n. 124**](http://www.amministrativistaonline.it/novita/avcp-parere-19-luglio-2012-n-123-disciplina-applicabile-alle-procedure-in-economia-di-importo-inferiore-a-20000e/)**; AVCP Parere 8 marzo 2012, – Rif. AG 41/2011)**

**IV Soluzioni e prospettive**

**Con riferimento alla condotta che la stazione appaltante dovrebbe tenere in caso di omessa presentazione della garanzia o di cauzione di importo deficitario, si ritiene che la tesi seguita dal Tar Sardegna e dall’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sopra illustrata, sia da preferire rispetto a quella sostenuta dalla giurisprudenza prevalente.**

**A mente dell’art. 46 comma 1-bis D.Lgs. 163/2006, tutti i comportamenti prescritti o vietati dal Codice, dal Regolamento ovvero da altre norme rilevanti, devono essere considerati imposti a pena di esclusione sia qualora venga comminata espressamente la sanzione di esclusione sia qualora, pur mancando tale previsione esplicita, la norma di riferimento sancisca un obbligo ovvero un divieto o, più in generale, prescriva un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale (in tal senso Cons. St., ad. plen., n. 21 del 7 giugno 2012).**

**Poiché l’art. 75 D.Lgs. 163/2006 non prevede espressamente l’esclusione in caso di omessa presentazione della cauzione è quindi necessario comprendere se tale sanzione possa ricavarsi implicitamente dalla disposizione normativa.**

**Come giustamente ha ricordato il Tar Sardegna, prima della novella del 2011 (con la quale è stato introdotto il comma 1-bis nell'art. 46 del codice dei contratti pubblici), la giurisprudenza è sempre stata concorde nel ritenere che l’art. 75 D.Lgs. 163/2006 avesse natura di norma imperativa e, quindi, integrativa della lex specialis anche in assenza di un esplicito richiamo (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 aprile 2012 n. 2232); veniva inoltre affermato che la cauzione provvisoria costituisse parte integrante dell'offerta e non elemento di corredo della stessa. Sulla base di questi presupposti veniva escluso, pertanto, che l'amministrazione potesse consentire una regolarizzazione postuma della cauzione poiché, diversamente opinando, tale attività avrebbe comportato la violazione del principio comunitario della par condicio dei concorrenti. (Consiglio di Stato  sez. V  12/09/2012 n. 4841; C.d.S., sez. V, 2 febbraio 2012, n. 549; 3 settembre 2009, n. 5171; sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254).**

**In altre parole, la cauzione provvisoria è sempre stata considerata come un elemento essenziale da allegare all’offerta, la cui mancanza o difformità dalle previsioni di legge avrebbe determinato l’esclusione dalla gara del concorrente, non essendo consentito la sua integrazione o regolarizzazione pena la violazione del principio della parità di trattamento dei partecipanti all’affidamento pubblico.**

**Quindi, se è vero che la cauzione provvisoria possiede tutte le caratteristiche sopra indicate appare chiaro che l’art. 75 del Codice prescriva un obbligo di allegazione della medesima in sede di offerta a pena di esclusione, non potendosi ammettere, come invece afferma l’attuale giurisprudenza prevalente, la sua regolarizzazione. Non solo, un altro motivo che rende plausibile l’orientamento minoritario si desume dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Sentenza n. 21 del 7 giugno 2012), la quale ha statuito che, in linea generale, debba essere escluso il concorrente che abbia violato una norma prescrittiva di un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale. E tale funzione viene svolta, appunto, dall’art. 75 D.Lgs. 163/2006: come sostenuto dalla giurisprudenza del Supremo Consesso di giustizia amministrativa, qualora la stazione appaltante consentisse l’integrazione della cauzione verrebbe lesa la par condicio dei concorrenti. (Consiglio di Stato  sez. V  12/09/2012 n. 4841; C.d.S., sez. V, 2 febbraio 2012, n. 549; 3 settembre 2009, n. 5171; sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254).**

**In conclusione si ritiene più conforme al dettato di cui all’art. 46 comma 1-bis D.Lgs. 163/2006, l’interpretazione che sanziona con l’esclusione l’omessa presentazione della garanzia ovvero l’allegazione di una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto.**

**In relazione, invece, alla non applicabilità dell’art. 75 D.Lgs. 163/2006 agli affidamenti in economia, nulla può eccepirsi al ragionamento svolto dalla giurisprudenza amministrativa e dall’organo di vigilanza.**

**In effetti agli affidamenti in economia le disposizioni del Codice diverse dall’art. 125, non possono essere utilizzate se non espressamente richiamate dalla lettera di invito. Ed anche il Regolamento sembra escludere che l’amministrazione possa richiedere la garanzia provvisoria: gli artt. 329 e ss. (per i servizi e forniture in economia) e gli artt. 173 e ss. (per i lavori in economia), non prevedono la prestazione di quest’ultima, bensì della sola cauzione definitiva. Ciò dimostrerebbe, pertanto, che il legislatore non abbia voluto imporre la prestazione della cauzione provvisoria nelle suddette procedure semplificate, perché altrimenti lo avrebbe previsto espressamente così come lo ha fatto per la fideiussione definitiva.**

**L’unico dubbio è se la garanzia ex art. 75 D.Lgs. 163/2006 possa assurgere a principio del Codice, poichè in tal caso il concorrente dovrebbe allegarla all’offerta in virtù dell’art. 125 comma 14 del D.Lgs. 163/2006 *(“****I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto…dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice”).*

Questo tema è stato affrontato dalla giurisprudenza con riferimento alle concessioni di servizi ed, in quell’occasione, è stato affermato che le previsioni di cui all’art. 75 del Codice non costituirebbero dei principi generali esportabili al di fuori della logica dei contratti pubblici, in quanto le concessioni risponderebbero ad una impostazione strutturale diversa da quella contrattuale[[9]](#footnote-9).

L’interrogativo quindi rimane, poiché il Consiglio di Stato, seppur in modo non chiarissimo, sembrerebbe sostenere che la norma suddetta sia un principio generale applicabile ai contratti pubblici, anche se non estendibile alle concessioni di servizi.

Alla luce di quanto sopra, considerata anche l’importanza e l’elevato utilizzo delle procedure in economia, sarà necessario attendere maggiori approfondimenti e sviluppi giurisprudenziali prima di sostenere con certezza che nei suddetti affidamenti non sussista l’obbligo di allegazione della cauzione provvisoria.

\*Avvocato amministrativista del Foro di Cagliari. Esperto in diritto degli appalti pubblici, consulente di pubbliche amministrazioni e autore di pubblicazioni in materia.

1. **Per la validità della polizza fideiussoria non vi è bisogno dell'accettazione del terzo beneficiario; la polizza fideiussoria, infatti, è un negozio stipulato, non tra il fideiussore e il creditore, ma, di regola, dal debitore principale su richiesta ed in favore del committente beneficiario (creditore principale), strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo - il quale non è parte né formale né sostanziale del rapporto - e funzionalmente volto all'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione (promittente), di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente (T.A.R.  sez. II  Lecce , Puglia 12/11/2012 n.1867; Cassazione civile, sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947; Cassazione civile, sez. I, 21 ottobre 2010, n. 21645).**  [↑](#footnote-ref-1)
2. La produzione di un assegno circolare, quale ordinario strumento di pagamento delle obbligazioni pecuniarie, è in tutto e per tutto equivalente al veraamento in contanti delle somme dovute (T.A.R. Toscana, Sez. I, 27.10.2011 n. 1584; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 13.07.2011 n. 1342; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 1.03.2010 n. 1292) [↑](#footnote-ref-2)
3. **La prestazione della caparra è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell’aggiudicatario e ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell’inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfetaria del danno, prescindendo dall’esatta portata quantitativa del nocumento patito dalla pubblica amministrazione, tant’è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola. Ne consegue che l’Amministrazione non deve dimostrare le ragioni per l’incameramento della cauzione provvisoria, trattandosi, nella specie, non del ristoro di un danno subito, ovvero da documentare, ma dell’applicazione di una sanzione per la mancata stipula del contratto per fatti dell’aggiudicatario (Cons. Stato, sez. V, 12.6.2009, n. 3746; T.A.R. Trentino Alto Adige Bolzano, 20.11.2008, n. 379; Consiglio Stato, sez. V, 11.12.2007, n. 6362; Tar Puglia, Bari, sez. I, 27.10.2005 n. 4605).** [↑](#footnote-ref-3)
4. **Cass., sez. un., 18 febbraio 2010 n. 3947.** [↑](#footnote-ref-4)
5. **Le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno chiarito la questione dell’idoneità o sufficienza della clausola di pagamento a prima o semplice richiesta ( o senza eccezioni ), a trasformare un contratto di fideiussione ( pur atipico ) in un contratto autonomo di garanzia: secondo un orientamento giurisprudenziale l’inserimento di clausole di pagamento di tal genere varrebbero di per sé qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia , essendo incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione (Cass. civ., sez. I, 28.10.2010, n. 22107; Cass. n. 3552 / 1998 ; n. 6757 / 2001; n. 3257 / 2007 cit. ; n. 14853 / 2007 ; n. 11890 / 2008; Cass. n. 14853/ 2007 ; n. 11890 / 2008) ; un secondo filone interpretativo riteneva, invece, che il contratto non assuma i connotati del contratto autonomo di garanzia per il solo fatto di presentare un patto che obblighi il garante a pagare, sulla richiesta del beneficiario , il quale gli dichiari essersi verificati i presupposti per l’ esigibilità della garanzia , e senza poter opporre eccezioni attinenti al rapporto di base: la distinzione tra fideiussione e Garantievretrag andrebbe tratta, infatti, anche dalla considerazione dei profili funzionali della garanzia , e nel secondo caso la funzione sarebbe non già quella di garantire l’ adempimento dell’ obbligazione altrui o l’ integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall’ inadempimento del debitore , quanto quella , prossima a quella della cauzione , di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di danaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti . Un patto di rinunzia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe , peraltro , il tipo contrattuale , che resta caratterizzato, come la fideiussione , dal principio di accessorietà ( così Cass. n. 5044 / 2009; Cass. n. 2909 / 1996) . Le sezioni unite, vertendo il contrasto sorto, hanno ritenuto condivisibile il primo degli orientamenti citati, in quanto avrebbe l’ineliminabile pregio di consentire , ex ante , la necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in caso di controversia , *“restringendo le maglie di aleatori spazi ermeneutici sovente forieri di poco comprensibili disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate , così che la clausola “ a prima richiesta e senza eccezioni “ dovrebbe di per sé orientare l’ interprete verso l’ approdo alla autonoma fattispecie del Garantievertrag , salva evidente , patente , irredimibile discrasia con l’ intero contenuto “ altro “ della convenzione negoziale*” (Cass., sez. un., 18 febbraio 2010 n. 3947).** [↑](#footnote-ref-5)
6. **Riguardo al possesso della certificazione di qualità in capo alle associazioni temporanee di imprese, è noto, in proposito, il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la certificazione di qualità debba essere posseduta singolarmente da ciascuna delle imprese associate, a meno che non risulti che essa sia incontestabilmente riferita solo a una parte delle prestazioni, eseguibili soltanto da alcune di dette imprese (Tar Sardegna Sez. I,6.04.2010 n. 665; T.A.R.  L'Aquila  sez. I 24/11/2009 n. 497; Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 4668, 25.7.2006).** [↑](#footnote-ref-6)
7. **La sottoposizione della cessazione dell’efficacia della garanzia al suo svincolo da parte dell’amministrazione, se può apparire come un aggravamento del procedimento, sembra trovare giustificazione nel fatto che l’aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell’articolo 11, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, diviene definitiva ed efficace a seguito della verifica sul possesso dei requisiti, effettuata nei confronti dell’aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria, secondo quanto previsto dall’articolo 48, comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006. Nel caso in cui gli stessi non forniscano la prova concernente il possesso dei requisiti, si deve procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell’offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione. In tale evenienza, subentra la necessità del perdurare dell’efficacia della cauzione provvisoria presentata dai partecipanti alla gara, diversi dal primo e dal secondo in graduatoria (Autorità vigilanza, Parere n. 9 del 19.9.2007).** [↑](#footnote-ref-7)
8. **La giurisprudenza conferma che “Non sono applicabili alle procedure in economia, e in particolare al cottimo fiduciario, le norme del Codice dei Contratti pubblici. Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata la quale, ancorché procedimentalizzata, non esige l’osservanza di tutte le regole tipiche dell’evidenza pubblica comunitaria” (ex multis T.A.R.  sez. I  Firenze , Toscana 04/05/2012 n. 868)** [↑](#footnote-ref-8)
9. “È pur vero che l'approntamento di garanzie risponde alla tutela dell'amministrazione, ma da ciò a enucleare un principio generale esportabile al di fuori della logica dei contratti pubblici il passo è lungo: le concessioni di servizi pubblici rispondono, infatti, ad una impostazione strutturale e si vorrebbe dire di politica istituzionale assai diversa da quella contrattuale, alla quale la lettura del comma 2 dell'articolo 30 implicitamente rimanda. È proprio in considerazione della diversità di funzione del contratto e della concessione che il terzo comma del citato articolo 30 ha limitato la fase di scelta del concessionario al rispetto dei principi generali tra i quali la trasparenza, l'adeguata pubblicità, la non discriminazione, la parità di trattamento, il muto riconoscimento e la proporzionalità, a nessuno dei quali si attagliano le previsioni recate nell'articolo 75 del medesimo testo” Consiglio di Stato  sez. V 13/07/2010 n. 4510 [↑](#footnote-ref-9)