

# I principali profili applicativi della c.d. cauzione provvisoria alla luce del Codice dei Contratti e della giurisprudenza più recente

## Indice

|   |    |
|---|----|
| 1. Premessa.....  | 2  |
| 2. Finalità delle garanzie a corredo dell'offerta ..... | 2  |
| 3. Ambito di applicazione .....                         | 3  |
| 4. Natura.....  | 4  |
| 5. Le modalità di presentazione .....                   | 5  |
| 6. I contenuti .....                                    | 6  |
| a) <i>L'importo</i> .....                               | 6  |
| b) <i>Il termine di durata</i> .....                    | 7  |
| c) <i>Le clausole della fideiussione</i> .....          | 7  |
| 7. Lo svincolo.....                                     | 9  |
| 8. L'escussione.....                                    | 10 |

## 1. Premessa

Tra i vari oneri imposti ai partecipanti alle procedure di gara per l'affidamento di un appalto o di una concessione, il Codice dei Contratti Pubblici ha previsto l'obbligo di presentazione di una cd. cauzione provvisoria da corredare all'offerta.

Tale previsione è, per un verso, sostanzialmente riproduttiva del contenuto dell'art. 30 della Legge Merloni in relazione agli appalti di lavori, e per altro verso innovativa della disciplina previgente in materia di forniture e servizi. Infatti, per questi ultimi settori la normativa non aveva mai imposto prima l'obbligo di presentazione di una cauzione provvisoria, con la conseguenza che rientrava nella facoltà della stazione appaltante di chiedere nel bando o nella lettera di invito la presentazione di tale forma di garanzia. L'art. 75 del Codice, invece, riprendendo l'impostazione della direttiva 2994/18/CE, tesa all'unificazione della disciplina delle diverse tipologie di appalti, ha esteso l'obbligo in oggetto anche ai settori dei servizi e delle forniture.

Il deposito della cauzione costituisce un requisito imprescindibile dell'offerta, con la conseguenza che la sua omissione determina l'esclusione dell'offerente, anche in assenza di una specifica previsione del bando<sup>1</sup>.

Tanto premesso, si procederà di seguito ad analizzare i principali profili applicativi della c.d. garanzia a corredo dell'offerta, anche alla luce della più recente elaborazione giurisprudenziale sul tema.

## 2. Finalità delle garanzie a corredo dell'offerta

La finalità della cauzione provvisoria è, in primo luogo, quella di garantire l'affidabilità dell'offerta, coprendo il caso della *“la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario”* (cfr. art. 75, comma 6, del Codice dei Contratti).

Tale funzione di garanzia è stata riconosciuta anche dalla giurisprudenza, la quale ha avuto modo di precisare che essa *“svolge una funzione dissuasiva volta a garantire, fin dalla partecipazione alla gara, la piena affidabilità tecnica e finanziaria dell'offerta”*<sup>2</sup> nonché la correttezza di tutti i comportamenti posti in essere dal concorrente, ivi comprese le dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti che connotano l'offerta e ne caratterizzano la serietà<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La giurisprudenza è giunta ad affermare che la stazione appaltante può legittimamente escludere l'impresa che non abbia presentato la cauzione anche se il bando non preveda espressamente tale onere a carico del partecipante la procedura. Cfr. in questo senso Consiglio Stato, sez. V, sentenza 12 giugno 2009, n. 3746.

<sup>2</sup> Consiglio Stato, sez. II, sentenza 25 maggio 2005, n. 3696.

<sup>3</sup> Cfr. Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, deliberazione 8 febbraio 2006, n. 10.

Accanto alla funzione di garanzia sopra illustrata, la cauzione provvisoria assolve anche:

- una funzione indennitaria dei danni cagionati alla stazione appaltante - in quanto consente una liquidazione anticipata del pregiudizio derivante dalla violazione degli obblighi posti in capo all'offerente - salva la prova del maggior danno subito;
- una funzione sanzionatoria degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziari e tecnico organizzativa richiesti dal bando<sup>4</sup>.

Ciò a differenza della cauzione definitiva, di importo inversamente proporzionale ai ribassi d'asta, che ha la funzione di garantire comunque gli eventuali oneri a carico della stazione appaltante per un inesatto o parziale adempimento degli obblighi contrattuali assunti dall'aggiudicatario definitivo, con la conseguenza che essa cessa di operare solo con il collaudo certificato dell'opera.

### **3. Ambito di applicazione**

L'istituto trova applicazione in relazione a tutte le tipologie di appalti, sia sopra che sottosoglia, nonché alle concessioni di lavori pubblici.

La giurisprudenza ha di recente affermato la sua obbligatorietà anche con riguardo alle concessioni di servizi, nonostante l'art. 30 del Codice dei Contratti escluda per le stesse l'applicazione delle norme previste per gli appalti di servizi<sup>5</sup>.

In caso di raggruppamento temporaneo di imprese, la cauzione deve essere intestata a tutte le imprese costituenti il raggruppamento, in quanto nella fase di gara le imprese operano individualmente, assumendosi ciascuna la responsabilità per l'eventuale proprio inadempimento<sup>6</sup>.

A tale riguardo la giurisprudenza ha chiarito come *“la necessità dell'intestazione della polizza fideiussoria anche alle imprese mandanti deriva dall'esigenza di coprire i rischi relativi ai casi in cui l'inadempimento sia riconducibile a queste ultime e, pertanto, dall'esigenza di evitare che la stazione appaltante si trovi priva di adeguata garanzia nell'ipotesi in cui la violazione degli obblighi connessi alla partecipazione alla gara (ivi compresa la sottoscrizione del contratto) sia addebitabile ad una o più imprese mandanti”*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> In questo senso cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 11 maggio 2009, n. 2885 nonché il più risalente parere dell'AVCP del 23 maggio 2007, n. 165.

<sup>5</sup> Tar Lazio, sentenza 28 luglio 2009, n. 737.

<sup>6</sup> Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 28 febbraio 2006, n. 893, TAR Calabria, sentenza 22 marzo 2007, n. 242; TAR Umbria sentenza 5 marzo 2007, n. 216.

<sup>7</sup> TAR Friuli Venezia Giulia sez.I , sentenza 21 aprile 2008 n. 252.

Ne consegue che in caso di ATI una polizza fideiussoria intestata alla sola capogruppo costituisca una causa di esclusione dell'offerta, non essendo neppure possibile per la giurisprudenza l'integrazione documentale se il termine di presentazione delle offerte non è ancora scaduto<sup>8</sup>.

Peraltro, nel caso in cui la fideiussione sia intestata a tutte le imprese del RTI, essa, secondo un primo orientamento potrebbe legittimamente essere sottoscritta solo dalla capogruppo, potendo in tal caso l'impegno della garanzia essere certamente riferibile a tutte le imprese componenti<sup>9</sup>, mentre secondo una diversa opinione necessita della sottoscrizione di tutte le imprese partecipanti l'RTI<sup>10</sup>.

#### 4. Natura

Secondo parte della dottrina la cauzione provvisoria può essere ricondotta allo schema tipico della caparra penitenziale, di cui all'art. 1386 c.c. in quanto rappresenterebbe una sorta di corrispettivo per il recesso per volontà propria da un impegno a contrarre conseguente all'aggiudicazione<sup>11</sup>.

La giurisprudenza prevalente è invece orientata a configurare la cauzione provvisoria in termini di caparra confirmatoria, disciplinata dall'art. 1385 c.c., in quanto tale strumento consente all'amministrazione di incamerare immediatamente le somme oggetto della cauzione ma anche di richiedere il risarcimento dell'eventuale maggior danno derivante dall'inadempimento<sup>12</sup>.

Ciò a differenza della clausola penale<sup>13</sup>, 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.

---

<sup>8</sup> Consiglio di Stato sez.V sentenza 21 aprile 2009 n. 2400 secondo cui: “*Nel caso di polizza fideiussoria che , stipulata dalla sola capogruppo, contempla una garanzia solo nei confronti di questa e non dell'altra partecipante al raggruppamento, in contrasto con i principi desumibili dalla decisione dell'Adunanza Plenaria in relazione alle previsioni dell'art. 75 del Codice dei contratti pubblici, deve ritenersi l'inammissibilità dell'offerta, che deve, quindi, essere esclusa dalla gara*”; cfr. anche TAR Lazio sentenza 4 agosto 2006 n. 6915.

<sup>9</sup> Consiglio Stato, sez. IV, sentenza 15 novembre 2004, n. 7380.

<sup>10</sup> Consiglio Stato, ad plenaria 4 ottobre 2005, n. 8 e AVCP, parere 9 maggio 2007, n. 126 e 21 maggio 2008, n. 167.

<sup>11</sup> In questo senso ad esempio Mazzone – Loria, Manuale di diritto dei lavori pubblici, 2005, pag. 212. Tale impostazione è stata tuttavia oggetto di numerose critiche in quanto si è ritenuto che la stessa non considerasse che l'ambito applicativo della cauzione provvisoria è stato nel tempo esteso anche per coprire la mancata conferma delle dichiarazioni formulate in sede di offerta. Inoltre L'AVCP, nella deliberazione 21 luglio 2004, n. 138, ha sottolineato come l'art. 1385 c.c. sia applicabile solo nella parte in cui disciplina l'inadempimento del soggetto che presta la cauzione ma non anche nel caso di inadempimento del soggetto garantito dovendosi in tal caso applicare l'art. 11 del Codice che limita le pretese dell'aggiudicatario al solo rimborso delle spese sostenute.

<sup>12</sup> Cfr. Cassazione, sezioni unite, sentenza 4 febbraio 2009, n. 2634; Consiglio Stato, sez. Vi, sentenza 3 marzo 2004, n. 1058; Consiglio Stato, sez. IV, sentenza 29 marzo 2001, n. 1840.

<sup>13</sup> Si registrano tuttavia anche pronunce che hanno qualificato la cauzione provvisoria come clausola penale; cfr. ad esempio Tribunale Regionale Giustizia Amministrativa Trentino Alto Adige Bolzano, sentenza 20 novembre 2008 n. 379 secondo cui la cauzione provvisoria, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall'amministrazione, in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto è assimilabile alla clausola penale, “*atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento*

## 5. Le modalità di presentazione

La garanzia in esame può essere presentata mediante:

- cauzione, in contanti o titoli del debito pubblico (garanzia reale) (cfr. comma 2) o
- fideiussione<sup>14</sup> bancaria, assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari autorizzati<sup>15</sup> (garanzia personale) (cfr. comma 3).

In virtù di quanto disposto dall'art. 75 del Codice, il partecipante può utilizzare validamente una delle forme previste anche nell'ipotesi in cui il bando faccia riferimento ad una sola di tali modalità<sup>16</sup>. Ciò in considerazione del fatto che, stante la chiara previsione normativa, le prescrizioni contenute nel bando non possono essere in contrasto con le norme vigenti e devono, in caso di difformità, essere interpretate come non indicative di una norma inderogabile. La giurisprudenza ha riconosciuto la legittimità di una cauzione provvisoria rilasciata mediante assegno circolare, nonostante il silenzio della norma sul punto, dal momento che per tale tipo di assegno, a differenza dell'assegno bancario<sup>17</sup>, non è configurabile alcuna incertezza in ordine alla sussistenza della relativa provvista presso l'istituto bancario obbligato al pagamento<sup>18</sup>.

---

*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". Cfr. nello stesso senso anche Tar Puglia, Bari, sez. I, sentenza 27 ottobre 2005 n. 4605 e Consiglio Stato, sez. V, sentenza 11 dicembre 2007, n. 6362.*

<sup>14</sup> Il fideiussore potrebbe in ipotesi anche essere un istituto controllato dal soggetto offerente in quanto il legislatore non ha previsto alcun regime di incompatibilità in relazione a tale eventualità; non è pertanto rinvenibile alcun pregiudizio nei confronti della SA o qualsivoglia possibile lesione dei principi in materia di contratti pubblici (cfr. in questo senso AVCP, parere 12 giugno 2008, n. 186).

<sup>15</sup> In base a quanto ha previsto l'art. 50 della L. n. 388/00, la fideiussione può essere rilasciata anche da intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.lgs. n. 385/93 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzia a ciò autorizzati dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel rispetto dei criteri di cui al DPR 30 marzo 2004, n. 115.

<sup>16</sup> TAR Veneto sez. I sentenza 8 giugno 2009 n. 1659; Consiglio Stato Sez. V, sentenza 25 marzo 2002, n. 1683; cfr. anche TAR Sicilia Catania sez.II sentenza 8 maggio 2008 n. 889, laddove è stato precisato che: *“La stazione appaltante non ha la facoltà di richiedere, in deroga, la prestazione di garanzia esclusivamente bancaria, togliendo la facoltà di scelta della forma di garanzia fideiussoria da prestare all'Amministrazione. Le norme portate dal T.U. degli appalti contiene principi e prescrizioni che non possono essere derogati a scelta delle stazioni appaltanti, quando ciò determina alterazioni illegittime dei principi di più ampia partecipazione alle gare e di parità di condizioni tra i vari concorrenti che costituiscono capisaldi a tutela dell'interesse pubblico prevalente al corretto svolgimento delle gare stesse al fine di individuare l'offerta più vantaggiosa. Alla luce di tali considerazioni può concludersi che la stazione appaltante non può limitare arbitrariamente le possibilità di partecipare alle gare ad evidenza pubblica inibendo al partecipante la scelta dei mezzi di garanzia, previsti dalla normativa statale come ammissibili sulla base di considerazioni di equivalenza dei diversi modi di apprestare garanzia elencato all'art. 75, senza violare i principi posti nell'interesse generale sopra richiamati”*.

<sup>17</sup> TAR Catania, sentenza 26 maggio 2004, n. 1478; AVCP deliberazione 29 marzo 2007, n. 90.

<sup>18</sup> Consiglio Stato, sez. IV, sentenza 28 aprile 2006 n. 2399; TAR Palermo, sentenza 5 giugno 2003, n. 893; TAR Puglia, sentenza 16 aprile 2003, n. 1709.

## 6. I contenuti

### a) L'importo

In base a quanto dispone l'art. 75 del Codice dei Contratti, la cauzione provvisoria deve essere di importo pari al 2% dell'importo a base di gara.

Tale importo deve essere considerato al netto dell'IVA ma comprensivo degli oneri per la sicurezza<sup>19</sup>.

L'art. 75, comma 7, prevede tuttavia che le imprese in possesso della certificazione UNI CEI ISO 9000 possano ridurre l'importo della cauzione del 50%<sup>20</sup>; per poter esercitare tale facoltà il partecipante deve segnalare in sede di offerta il possesso del predetto requisito e documentarlo nei modi prescritti dalle norme vigenti. Il rinvio alle norme vigenti consente di far ricadere la dimostrazione del possesso del requisito in questione nell'ambito di operatività della disciplina dettata dal D.P.R. n. 445 del 2000, potendo conseguentemente il possesso della certificazione di qualità essere documentato mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa ai sensi dell'art. 46 del citato regolamento<sup>21</sup>.

La previsione in oggetto è finalizzata a premiare i concorrenti che siano in possesso di capacità certificata nell'esecuzione dei lavori della stessa natura di quelli oggetto dell'appalto e che quindi offrono maggiori garanzie di affidabilità e minori rischi di inadempimento<sup>22</sup>. La norma di legge opera automaticamente, indipendentemente da una espressa clausola del bando in tal senso, ma necessita della manifestazione di volontà da parte dell'impresa di volersene avvalere presentando la documentazione necessaria.

Nel caso di ATI orizzontale, considerato il regime di responsabilità solidale sussistente tra i componenti, si ritiene che lo stesso possa avvalersi del beneficio in esame solo se tutte le imprese costituenti il raggruppamento sono dotate della certificazione di qualità.

---

<sup>19</sup> TAR Campania, sentenza 4 giugno 2007, n. 724; cfr anche AVCP, deliberazione 20 febbraio 2007, n. 45 secondo cui l'art. 75 non lascia adito a dubbi laddove recita che *"l'offerta è corredata da una garanzia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando"*.

<sup>20</sup> Secondo l'AVCP, parere 11 settembre 2007 n. 7, tale previsione è applicabile anche agli appalti di forniture e di servizi. Con riguardo specifico ad un appalto di servizi, la giurisprudenza ha evidenziato come non vi debba essere esatta corrispondenza tra voci del servizio oggetto dell'appalto ed attività imprenditoriale oggetto della certificazione di qualità ( cfr. TAR Puglia Bari sez.I sentenza 3 giugno 2009 n. 1379; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, sentenza 28 giugno 2005 n. 8841).

<sup>21</sup> Consiglio Giust. Amm. Reg. Sicilia, sentenza 10 giugno 2009, n. 530 e TAR Lazio Roma sez.I bis sentenza 28 gennaio 2009 n. 871. Alcune recentissime pronunce (TAR Piemonte sez I sentenza 26 ottobre 2009 n. 2334 e Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, sentenza 10 giugno 2009 n. 530) hanno affermato l'illegittimità del rifiuto apposto dalla stazione appaltante a consentire il dimezzamento della cauzione provvisoria ad un'impresa che aveva presentato la copia del certificato di qualità laddove il bando prescriveva la necessità dell'originale.

<sup>22</sup> Ferrari, *Cauzione dimezzata per possesso del certificato ISO*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, pag. 982.

Nell'ipotesi di ATI verticale, invece, godranno del beneficio solo le imprese certificate per la quota ad esse riferibile, dal momento che in tale contesto è individuabile una responsabilità pro quota<sup>23</sup>.

### ***b) Il termine di durata***

In base a quanto dispone il comma 5 dell'art. 75, la durata della cauzione provvisoria deve essere almeno pari a 180 giorni dalla presentazione dell'offerta. Il legislatore ha in tal modo inteso ancorare il periodo di validità minima della cauzione provvisoria ai termini minimi di irrevocabilità dell'offerta, come fissati dall'articolo 11, comma 6, del Codice secondo cui la stessa è “*vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione*”. Ciò in quanto, come visto, la funzione della cauzione è anche quella di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata<sup>24</sup>.

Resta ferma – e questa è una previsione innovativa - la facoltà dell'amministrazione di aumentare o diminuire il predetto termine a seconda della durata prevista della procedura ad evidenza pubblica<sup>25</sup>.

La stazione appaltante può anche richiedere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante di rinnovare la garanzia nel caso in cui al momento della scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione<sup>26</sup>.

Al riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che ai fini del predetto calcolo, il *dies a quo* della validità della cauzione è rappresentato dal giorno di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta e non da quello di effettiva presentazione della stessa<sup>27</sup>.

### ***c) Le clausole della fideiussione***

In base a quanto disposto dal 4° comma dell'art. 75 del Codice, la fideiussione deve contenere l'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale nonché l'espressa rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c.. Da tale ultima previsione consegue che il fideiussore rimane obbligato anche dopo lo scadere del termine dell'obbligazione principale.

---

<sup>23</sup> AVCP, deliberazione 29 marzo 2007, n. 101; determinazione 27 settembre 2000, n. 44.

<sup>24</sup> AVCP, parere 23 aprile 2008, n. 129.

<sup>25</sup> Cfr AVCP parere 20 marzo 2008, n. 85 e parere 27 gennaio 2009 n. 11 nel quale si è affermata la legittimità dell'esclusione di un'impresa che aveva presentato una cauzione con durata di 180 giorni laddove il bando prevedeva a pena di esclusione una maggiore durata della garanzia.

<sup>26</sup> Con riguardo a tale profilo, l'AVCP ha evidenziato nella deliberazione 15 novembre 2006, n. 82 che qualora la stazione appaltante eserciti tale facoltà, la mancata presentazione dell'espressa dichiarazione di rinnovo della garanzia è causa di esclusione dell'offerta, non potendosi procedere ad integrazione documentale.

<sup>27</sup> Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 11 dicembre 2001, n. 6211.

Inoltre, l'operatività deve essere assicurata entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

A tale riguardo la giurisprudenza ha ritenuto legittima una polizza che prevedeva la necessità dell'invio della richiesta tramite raccomandata a.r., in quanto tale prescrizione non può determinare alcuna limitazione dei diritti dell'amministrazione in ordine all'escussione della cauzione<sup>28</sup>.

Da tutte le previsioni sopra riportate consegue che la fideiussione prestata per la cauzione provvisoria assume i connotati di una garanzia di pagamento incondizionato, riconducibile alla figura del contratto autonomo di garanzia, essendo privo del requisito di accessorialità che ordinariamente caratterizza la fideiussione<sup>29</sup>.

In base al disposto del comma 8 dell'art. 75 del Codice l'offerta deve essere corredata a pena di esclusione dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l'esecuzione del contratto, nel caso in cui il concorrente risulti aggiudicatario. L'uso del termine "*di un fideiussore*" implica che il soggetto che deve assumere l'impegno non necessariamente debba essere lo stesso fideiussore che ha rilasciato la cauzione provvisoria<sup>30</sup>.

La previsione di un tale impegno è stata interpretata dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici come "*espressione di uno specifico interesse pubblico al corretto svolgimento della gara ed all'assicurazione dei migliori risultati possibili in termini di efficienza dell'azione amministrativa, al fine di scongiurare il rischio che, nel prosieguo della procedura, il soggetto che ha rilasciato la fideiussione provvisoria ad un'impresa offerente, nell'ipotesi in cui essa risulti affidataria dell'appalto, possa rifiutarsi di prestare anche la cauzione definitiva, con la conseguente interruzione della procedura*"<sup>31</sup>.

Per tali ragioni, un consolidato orientamento assunto sia dalla giurisprudenza amministrativa sia dall'Autorità consente di escludere un'offerta non corredata dall'assunzione di tale impegno<sup>32</sup>.

Ciò anche in considerazione del fatto che la cauzione provvisoria e la cauzione definitiva assolvono a due funzioni diverse e comunque indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale e che, pertanto, "*la fase dell'impegno a promettere la prestazione della cauzione definitiva, che deve essere contestuale alla prestazione della cauzione provvisoria (al momento della presentazione dell'offerta), va distinta dall'effettivo impegno alla cauzione definitiva che,*

---

<sup>28</sup> TAR Lazio, sentenza 21 marzo 2008, n. 2514.

<sup>29</sup> In questo senso TAR Basilicata, 8 novembre 2004, n. 747.

<sup>30</sup> In questo senso De Marzo, *Le garanzie di esecuzione*, in De Nictolis, *I contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2007, pag. 7.

<sup>31</sup> Cfr. AVCP, parere 9 luglio 2009 n. 73.

<sup>32</sup> in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza n. 106 del 12 gennaio 2009 e sentenza n. 6366 del 2 luglio 2008; AVCP, parere 12 giugno 2008 n. 186.

*anche nell'importo, deve essere definita solo dopo l'aggiudicazione ed è esclusivamente finalizzata a garantire il pubblico interesse che tale definitivo impegno sia poi effettivamente sottoscritto*<sup>33</sup>.

Da un punto di vista formale, si segnala che secondo la giurisprudenza, la polizza fideiussoria può essere sottoscritta dal solo garante senza necessità della sottoscrizione da parte del concorrente<sup>34</sup>.

Ciò in quanto il fideiussore garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui, impegnandosi personalmente verso il creditore (la stazione appaltante)<sup>35</sup>; la mancanza di sottoscrizione della fideiussione comporterebbe ineluttabilmente la impossibilità di imputabilità soggettiva dello stesso ad una determinata persona fisica<sup>36</sup>.

## **7. Lo svincolo**

A tale riguardo l'art. 75 del Codice dei Contratti prevede due distinti termini:

- all'aggiudicatario essa è rilasciata al momento della sottoscrizione del contratto, visto che essa viene sostituita dalla cauzione definitiva;
- agli altri partecipanti nel momento in cui l'amministrazione comunica l'aggiudicazione e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione stessa, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della cauzione stessa. Ciò a differenza di quanto disponeva l'art. 30 della Legge Merloni che subordinava lo svincolo della cauzione alla sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario. In ogni caso lo svincolo della cauzione non è automatico, essendo previsto in capo alla stazione appaltante l'obbligo di procedere a tale attività entro un tempo prefissato<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. AVCP, parere 9 luglio 2009 n. 73.

<sup>34</sup> Cfr. AVCP parere 9 aprile 2008, n. 106. Al contrario la fideiussione priva della sottoscrizione del garante è nulla e, quindi, priva di ogni rilievo ai fini del soddisfacimento delle prescrizioni del bando (cfr. AVCP Parere 09 aprile 2008, n. 106 e parere 10 luglio 2008 n. 191). Si ritiene infatti inammissibile una regolarizzazione postuma in quanto comporterebbe la violazione del limite costituito dalla possibilità di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando, della lettera di invito o, comunque, presenti nella normativa applicabile alla fattispecie concreta (cfr. in questo senso anche Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1653).

<sup>35</sup> Consiglio Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 4 ottobre 2005, n. 8.

<sup>36</sup> AVCP, parere 12 luglio 2007, n. 251.

<sup>37</sup> La mancanza di un automatismo deriva dalla circostanza che l'aggiudicazione provvisoria diviene efficace solo dopo la verifica sul possesso dei requisiti effettuata nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo classificato, con la conseguenza che nel caso in cui tali soggetti non provino il possesso dei requisiti si deve procedere alla determinazione di una nuova soglia di anomalia e alla conseguente nuova aggiudicazione (cfr. AVCP, parere 19 settembre 2007, n. 9).

## 8. L'escussione

L'escussione costituisce per la stazione appaltante un atto dovuto nel caso in cui ricorra una delle seguenti circostanze:

1. quando l'aggiudicatario rifiuta senza adeguata motivazione di sottoscrivere il contratto<sup>38</sup> entro il termine previsto dalla legge<sup>39</sup>;
2. nel caso in cui le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di presentazione dell'offerta non siano state confermate all'esito dei controlli previsti dall'art. 48 del Codice<sup>40</sup>.

Con riguardo a tale seconda ipotesi, si registra un contrasto giurisprudenziale in quanto, secondo alcune pronunce<sup>41</sup>, l'escussione è legittima solo nel caso in cui la falsità delle dichiarazioni riguardi i requisiti di ordine speciale, mentre un diverso orientamento<sup>42</sup> sostiene che essa può essere attuata dalla stazione appaltante anche nel caso in cui non risultino comprovati i requisiti di ordine generale.

---

<sup>38</sup> Cfr. TAR Liguria, sentenza 26 giugno 2003, n. 821.

<sup>39</sup> Come noto, il contratto, ai sensi dell'art. 11, comma 9 del Codice, deve essere stipulato entro 60 giorni dall'aggiudicazione definitiva.

<sup>40</sup> Ovvero quando l'impresa ritarda nel comprovare i requisiti. Cfr. AVCP parere 29 gennaio 2009, n. 14. Tale fatto dell'impresa concorrente non necessariamente deve assumere i caratteri di un fatto colposo, ma riguarda comportamenti per cui non è possibile disporre della documentazione richiesta in sede di verifica di possidenza dei requisiti dichiarati in gara (cfr. TAR Lazio Roma sez.I bis sentenza 6 aprile 2009 n. 3682; TAR Lazio Roma sez.III quater sentenza 14 agosto 2008 n. 7842).

<sup>41</sup> TAR Toscana, sentenza 23 settembre 2009, n. 1473; TAR Lazio, sentenza 27 marzo 2009, n. 3215; AVCP parere del 26 febbraio 2009 n. 29 e parere del 7 luglio 2009, n. 75. In tale ultimo parere si afferma che: *“In caso di false dichiarazioni concernenti i requisiti di ordine generale, trattandosi di requisiti di natura diversa da quelli di carattere speciale, non sono da ritenersi applicabili le specifiche sanzioni di cui all'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, tra cui l'escussione della cauzione provvisoria. Osta a tal fine la natura sanzionatoria della norma contenuta nell'articolo 48 del D.Lgs. n. 163/2006, per cui, in ossequio al principio di legalità e al divieto di estensione analogica delle disposizioni di tale tipologia, la stessa deve ritenersi norma di stretta interpretazione e, quindi, non estendibile ad altre ipotesi”*.

<sup>42</sup> Consiglio Stato, sez. VI, sentenza 4 agosto 2009, n. 4906; TAR Marche, sentenza 17 giugno 2009, n. 594; TAR Puglia sez.I 24 ottobre 2008 n. 2373; TAR Palermo, sentenza 21 gennaio 2008, 80.