

Disamina delle sentenze emesse dai giudici amministrativi sul tema delle garanzie nelle gare

Appalti, le cauzioni in tribunale

Sotto la lente: funzioni, importi, requisiti, scadenze, intestazioni

DI DONATELLA FINIGUERRA

La cauzione negli appalti pubblici: nonostante il tema sia già stato affrontato in altri articoli apparsi su questo giornale, si rende necessario fare il punto sulle decisioni del giudice amministrativo emesse nello scorso anno sulla cauzione provvisoria e la cauzione definitiva. In via preliminare è da chiarire la diversa funzione delle due cauzioni: «La cauzione provvisoria e la cauzione definitiva assolvono a funzioni diverse e comunque indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale. Sicché la fase dell'impegno a promettere la prestazione della cauzione definitiva, che deve essere contestuale alla prestazione della cauzione provvisoria, va distinta dall'effettivo impegno alla cauzione definitiva, che anche nell'importo può essere definita solo dopo l'aggiudicazione, ed è esclusivamente finalizzata a garantire il pubblico interesse che tale definitivo impegno sia poi effettivamente sottoscritto» (Tar Lazio, sez. III-quater 12 gennaio 2009 n. 106).

In particolare, «**la cauzione provvisoria** è prevista a garanzia della serietà dell'impegno del contraente e deve garantire l'amministrazione dal rischio dell'inutile svolgimento della gara» (Cons. di stato, sez. V, 3 settembre 2009, n. 5171). Essa è «in via generale, da riportarsi alla caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), sia perché si tratta di confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente (e si consideri che la normativa contabilistica è la matrice di questa disciplina contrattuale), di non vulnerare l'interesse dell'amministrazione a pretendere il maggior danno» (Tar Lazio, sez. II, 6 marzo 2009 n. 2341).

In relazione all'importo della

cauzione provvisoria, l'art. 75 del dlgs 163/2006 prevede che l'offerta debba essere corredata da una garanzia, pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

La Suprema corte ha statuito che «va esclusa da una gara di appalto una ditta che ha presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore al 2% del valore complessivo dell'appalto previsto dal bando. Il favor participationis e il cosiddetto dovere di soccorso recedono a fronte di una specifica disposizione della legge di gara che prevede un adempimento a pena di esclusione, dovendo in tal caso far prevalere il diritto alla parità di trattamento; in particolare, va disposta l'esclusione dalla gara di una ditta che ha prestato una cauzione provvisoria d'importo inferiore a quello previsto dal bando a pena di esclusione, non essendo consentito in tale ipotesi alla stazione appaltante formulare una richiesta di integrazione della documentazione, trattandosi di adempimento univocamente previsto dal bando con espressa comminatoria» (Cons. stato 3 settembre 2009 n. 5171).

L'art. 75, comma 7, del dlgs n. 163 del 2006 prevede poi che «l'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50% per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie Uni Cei En 45000 e della serie Uni Cei En Iso/Iec 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie Uni Cei Iso 9000. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti».

In tema di dimostrazione dei requisiti per poter beneficiare della riduzione si segnalano due decisioni: l'una della supre-

ma corte che ha recentemente ritenuto «legittima l'esclusione da una gara pubblica di una ditta che, pur avendo prestato in misura dimezzata l'importo della cauzione provvisoria, abbia ommesso di segnalare e documentare il possesso della suddetta certificazione di qualità, essendo all'uopo insufficiente la mera indicazione contenuta sulla carta intestata, assolutamente inidonea a dare certezza giuridica ed a costituire anche solo un principio di prova della certificazione stessa. (così Cons. di stato, sez. V, 3 novembre 2009, n. 5546 - ord.). L'altra di contrario avviso, del tribunale capitolino, che con sentenza n. 871 del 28 gennaio 2009 ha sostenuto che «il beneficio della riduzione della cauzione provvisoria, di cui all'art. 75, dlgs 163/06, a differenza dei requisiti di capacità tecnica economica, è soggetto a un regime di più attenuato rigore formale, con la conseguenza che, nell'ipotesi di mancanza o irregolarità della documentazione prodotta, trova spazio il cosiddetto dovere di soccorso istruttorio, di cui all'art. 6, c. 1, lett. b), legge 241/90, in base al quale la p.a. ha il potere-dovere di interlocuzione procedimentale, finalizzata alla regolarizzazione o integrazione della documentazione, in mancanza di previsioni della lex specialis che tanto precludano».

E ancora. «Nel caso in cui, in occasione di una gara di appalto, si renda necessaria (ai fini di fruire della riduzione al 50% della cauzione) la produzione della certificazione di qualità Iso 9000, tale certificazione può essere prodotta mediante copia fotostatica di cui lo stesso concorrente autocertifichi, con le modalità richieste dalla legge, l'autenticità. Nell'ordinamento vigente, infatti, devono ritenersi tassativi i limiti all'utilizzo delle misure di semplificazione, posti dalla legge (allo stato della vigente legislazione, v. art. 49 del Testo unico di cui al dpr 28 dicembre 2000 n. 445), nel cui ambito non può essere ricon-

dotta, neppure analogicamente, la certificazione in questione» (così Cga, 10 giugno 2009, n. 530).

Quanto alla durata, l'art. 75, comma 5, del Codice dei contratti pubblici prevede che la garanzia deve avere validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta e la stazione appaltante può introdurre nel bando o nella lettera invito una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento.

Si segnala peraltro la decisione del consiglio di stato sulle conseguenze di una cauzione di durata inferiore a quella minima prevista dalla documentazione di gara. È stato affermato che: «La natura provvisoria della cauzione provvisoria e la sua specifica funzione comportano che la sua durata non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta, risultandone diversamente pregiudicata la stessa ratio legis della cauzione provvisoria. A tal fine, nel Codice dei contratti pubblici, il legislatore ha normativamente equiparato il termine minimo di irrevocabilità dell'offerta alla durata minima della cauzione, prevedendolo, in entrambi i casi, in 180 giorni dalla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, tranne termini più ampi previsti dalla lex specialis di gara (art. 11, commi 6 e 75, comma 5, del dlgs n. 163 del 2006). Va esclusa da una gara di appalto una ditta che, in violazione del bando e del principio della par condicio, ha presentato una cauzione provvisoria di durata inferiore a quella minima richiesta dal bando di gara (nella specie, mentre la lex specialis della gara prevedeva una durata minima di 250 giorni per la cauzione provvisoria, era stata prodotta una cauzione di durata di 180 giorni, rinnovabili per altri 180 giorni su richiesta della stazione appaltante, nel caso in cui al momento della scadenza non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione). (Cons. di stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885).

Quanto al contenuto della cauzione si segnala che la giurisprudenza ha precisato che: «Anche in assenza di espressa previsione del bando, va esclusa da una gara di appalto una

impresa che non ha prodotto la dichiarazione di impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, richiesta dall'art. 75, comma 8 del dlgs n. 163 del 2006. La cauzione provvisoria e la cauzione definitiva assolvono a funzioni diverse e comunque indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale, sicché 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 anche nell'importo può essere definita solo dopo l'aggiudicazione, ed è esclusivamente finalizzata a garantire il pubblico interesse che tale definitivo impegno sia poi effettivamente sottoscritto» (Tar Lazio, Roma, 12 gennaio 2009, n. 106). Peraltro «è ammissibile una offerta nel caso in cui per la cauzione provvisoria prestata, per la quale il bando prevedeva che doveva essere a prima richiesta, sia stato previsto che la sua escussione deve essere richiesta con lettera raccomandata, dato che tale circostanza costituisce adempimento di incidenza minima per la tutela del garantito, per cui la stessa può essere qualificata a prima richiesta. (Cons. di stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215).

Quanto all'intestazione della cauzione, per giurisprudenza pacifica, in caso di Ati costituenti nel caso di partecipazione a una gara di appalto «deve essere intestata non solo alla società capogruppo (mandataria), ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, al fine di 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 mandanti stesse; nel caso invece di raggruppamento già costituito, la polizza fideiussoria con la quale venga costituita la cauzione provvisoria può legittimamente essere intestata alla sola capogruppo mandataria. Analogamente deve ritenersi inoltre nel caso in cui una r.t.i.

costituita, si avvalga, ai sensi dell'art. 49, comma 1, del dlgs 163/2006, di imprese ausiliarie» (Tar Lazio, Roma, 3 dicembre 2009, n. 12455).

La cauzione definitiva

Come già accennato «la cauzione definitiva copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione» (Tar Catania, Sicilia, 26 maggio 2009, n. 968).

Essa è costituita, ai sensi dell'art. 113 del decreto legislativo n. 163/2006, sulla base «del 10% dell'importo contrattuale». Laddove la lex specialis stabilisca che «il deposito cauzionale definitivo è pari al 10% del valore del contratto, comprensivo di Iva» tale importo va quindi calcolato sulla somma complessiva comprensiva di Iva (si veda Tar Emilia Romagna, Bologna, 22 maggio 2008 n. 2027).

In relazione al termine di presentazione si segnala un contrasto giurisprudenziale: la Suprema corte sostiene che «è legittimo il provvedimento con cui la stazione appaltante dichiara la decadenza dall'aggiudicazione del concorrente che non abbia tempestivamente costituito la cauzione definitiva, in quanto l'aggiudicatario deve costituire la garanzia di cui all'art. 113 del dlgs 163/06 senza ritardo, fin dal momento della ricezione della richiesta formulata con lettera raccomandata, e ciò indipendentemente da ogni ulteriore atto di diffida dell'amministrazione» (Cons. di stato, sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2197); secondo altra decisione del tribunale, la mancata ottemperanza alla richiesta di presentare la cauzione definitiva entro un termine perentorio non comporta l'automatica decadenza dell'aggiudicazione, «essendo invece necessaria una diffida ad adempiere, ex art. 1454 c.c., con la chiara precisazione che decorso inutilmente il nuovo termine il rapporto instauratosi con l'aggiudicazione viene meno» (Tar Marche, 12 febbraio 1999, n. 163).

Il Tar Piemonte, con sentenza del 26 giugno 2009, n. 1876, ha affermato che «la mancata costituzione della cauzione de-

finitiva entro il termine perentorio stabilito nel bando o la sua non conformità al modello prescritto era sufficiente, secondo la *lex specialis*, a determinare, nell'un caso, la revoca dell'aggiudicazione e la conseguente aggiudicazione al concorrente che segue in graduatoria e, nell'altro, la pronuncia di decadenza dall'aggiudicazione». E ancora «in materia di appal-

ti pubblici di lavori, quando in nessuna parte della lettera di invito il termine per il deposito della cauzione definitiva è qualificato come perentorio, né la sua inosservanza è espressamente sanzionata con la revoca dell'aggiudicazione, non è preclusa alla stazione appaltante la possibilità di vagliare le ragioni per le quali l'ati aggiudicataria ha costituito la garanzia defini-

tiva in data successiva a quella indicata nella lettera di invito, e quindi di valutare se il ritardo sia conseguente a comportamenti scusabili e non scorretti della stessa aggiudicataria, e pertanto, nel caso di valutazione in tal senso, di concludere il contratto» (Tar. Basilicata, 30 luglio 2001, n. 655).

—© Riproduzione riservata—

