

Lazzini sonia (a cura di),

Qualunque sia (in quanto scelta discrezionale del partecipante) la modalità di presentazione della garanzia provvisoria, se con cauzione o con fideiussione, anche nel silenzio della lex specialis di gara, andrà esclusa l'impresa la cui offerta non è accompagnata dall'impegno di un fideiussore ad emettere la garanzia definitiva (la quale può essere presentata solo come fideiussione e mai come cauzione)

Art. 75 (cod contr.):

1. L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, **a scelta dell'offerente.**

(...)

8. **L'offerta** è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un **fideiussore** a rilasciare la garanzia **fideiussoria** per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario.

*è sufficiente osservare che la legge regionale siciliana contiene una sola differenza lessicale rispetto alla legge statale, consistente nella sostituzione della locuzione "impegno del fideiussore" con l'espressione "impegno di un fideiussore".\_Si tratta di una modifica priva di rilievo sostanziale in relazione alla questione oggetto del presente giudizio nel quale si controverte in ordine alla idoneità dell'impegno assunto, direttamente nei confronti del solo concorrente e non anche della stazione appaltante.*

**A giudizio del tribunale di primo grado, la ricorrente di primo grado avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura selettiva, perché l'impegno a prestare la polizza fideiussoria definitiva "non è stato assunto, secondo quanto disposto dal bando, in favore della stazione appaltante, ma del contraente".Qual è il parere del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ?.**

L'appello, che contesta la statuizione del tribunale è, in questa parte, fondato\_ Il punto 8, lettera b) del bando, riprodotto anche nel disciplinare della gara, con identica formulazione letterale, prescrive che l'offerta debba essere corredata, a pena di esclusione, dalla "dichiarazione di un fideiussore contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione bancaria o polizza fideiussoria, relativa alla cauzione definitiva, in favore della stazione

appaltante (...). La dizione utilizzata dal bando indica in modo puntuale che l'impegno preliminare del fideiussore si rivolge al concorrente garantito. L'obbligo del fideiussore nei confronti della stazione appaltante nasce, invece, solo in seguito alla prestazione della garanzia definitiva, conseguente all'aggiudicazione definitiva. Del resto, la previsione del bando è perfettamente coerente con la regola racchiusa nell'articolo 30 della legge n. 109/1994 (come recepita nell'ordinamento regionale siciliano con la legge regionale n. 7/2002), secondo cui l'offerta è corredata da una cauzione e dall'impegno "di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario"

(Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana con la decisione numero 485 del 25 maggio 2009)

**E' corretto il comportamento di una commissione di gara che esclude un partecipante causa della mancata presentazione dell'impegno del fideiussore a prestare la cauzione definitiva qualora il concorrente risultasse affidatario?, sulla base del fatto che tale obbligo non sarebbe stato contenuto nelle norme di gara in quanto esso era espressamente previsto solo per l'ipotesi in cui la Ditta partecipante avesse presentato la fideiussione in luogo della cauzione provvisoria; poiché la ricorrente aveva versato in contanti la cauzione provvisoria, avrebbe avuto l'onere di presentare la richiesta di dichiarazione.?**

Anche se il bando nel prescrivere il rilascio, contestualmente alla presentazione dell'offerta, di una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo base d'asta, disponeva che la medesima potesse essere effettuata in denaro contante ovvero con fideiussione bancaria o assicurativa ed inoltre veniva poi richiesto che <"la suddetta fideiussione dovrà prevedere espressamente...l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto... [cauzione definitiva].. qualora il contraente risultasse affidatario".>, anche se in effetti, la clausola contenuta nel bando non risulta del tutto corretta, posto che il riferimento alla "suddetta fideiussione" appare testualmente ricondurre l'obbligo di prevedere l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per la cauzione definitiva solo nel caso in cui la cauzione provvisoria venga prestata mediante fideiussione, tuttavia pur in presenza di una clausola non del tutto chiara, la Sezione, melius re perpensa, ritiene che l'interpretazione del bando non possa prescindere dalle disposizioni di legge che regolano la materia e, in particolare, dall'articolo 75 del DL.gs. 12 aprile 2006 numero 163, il quale, nel prevedere le garanzie poste a corredo dell'offerta nelle gare pubbliche, stabilisce al comma 8 che "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario". A fronte di una disposizione di legge così precisa, era onere della ditta partecipante alla gara presentare la prescritta dichiarazione, pur in presenza di una clausola non del tutto univoca. Senonché, pur in presenza di una clausola non del tutto chiara, la Sezione, melius re perpensa, ritiene che l'interpretazione del bando non possa prescindere dalle disposizioni di legge che regolano la materia e, in particolare, dall'articolo 75 del DL.gs. 12 aprile 2006 numero 163, il quale, nel prevedere le garanzie poste a corredo dell'offerta nelle gare pubbliche, stabilisce al comma 8 che "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario". A fronte di una disposizione di legge così precisa, era onere della ditta partecipante alla gara presentare la prescritta dichiarazione, pur in presenza di una clausola non del tutto univoca. Né d'altronde può ritenersi che il bando fosse, perciò solo illegittimo, potendo appunto essere interpretato in senso conforme alla legge

(Tar Sardegna, Cagliari, con la sentenza numero 1117 del 30 maggio 2008)

**Legittima un'esclusione da una gara per mancanza dell'impegno ad emettere la definitiva da parte del fideiussore (e non del concorrente)**

Non serve che ci sia una specifica clausola del bando per escludere una ditta la cui cauzione provvisoria non sia accompagnata dall'impegno del garante ad emettere la definitiva in quanto una tale imposizione è già contenuta nelle norme primarie: a nulla serve a sanare la irregolarità presentare, dopo l'aggiudicazione, la cauzione definitiva.

(Tar Emilia Romagna, Parma, con la sentenza numero 54 del 21 febbraio 2007)

**La garanzia provvisoria deve essere sempre accompagnata dall'impegno di un fideiussore ad emettere la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, anche se tale obbligo non è contemplato nel bando**

Il precetto legislativo di cui all'art. 75, comma n. 8, D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) è tassativo e costituisce quindi integrazione legale del bando, a prescindere dal suo espresso richiamo, giacché contenuto in una legge dello stato e sanzionato a pena d'esclusione.

(Tar Umbria, Perugia, con la sentenza numero 237 del 13 marzo 2007)

**L'adempimento del fideiussore della garanzia provvisoria ad emettere la definitiva in caso di aggiudicazione**

“la Compagnia si impegna a rilasciare la garanzia di cui all'art. 30 comma 2 della legge 109/94 e successive modifiche e integrazioni (ora art. 113 del decreto legislativo 163/2006 s.m.i.) fino alla data di collaudo qualora l'offerta risultasse aggiudicataria”: tale dicitura, contenuta nelle condizioni di una polizza provvisoria integra pienamente l'impegno richiesto al fideiussore di garantire l'emissione della garanzia definitiva in caso di aggiudicazione

(Tar Campania, Napoli, con la sentenza numero 3054 del 2 aprile 2007)

**Obbligo di allegare alla cauzione provvisoria anche l'impegno ad emettere la definitiva in caso di aggiudicazione**

Per costante giurisprudenza in tema di bandi di gara si considerano previsti a pena di esclusione sia gli adempimenti per i quali ciò sia espressamente previsto, con criterio formale, ma anche, con criterio sostanziale, quegli adempimenti non sanzionati in modo espresso, che tuttavia rispondano ad un particolare interesse della p.a. appaltante: a tale ultimo criterio risponde all'evidenza la previsione di allegare alla cauzione provvisoria l'impegno ad emettere la definitiva in caso di aggiudicazione, dato che è di preminente rilievo per l'amministrazione garantirsi il corretto e continuo espletamento del servizio attraverso la garanzia fideiussoria prestata dall'aggiudicatario

(Tar Lombardia, Brescia, con la sentenza numero 410 del 19 aprile 2007)

**E' corretto affermare che sempre la cauzione provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno di un fideiussore ad emettere, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva?**

E' sufficiente che nella documentazione di gara sia prescritto che la cauzione provvisoria debba essere presentata come da articolo 75 del decreto legislativo 163/2006 per legittimare l'esclusione di una ditta partecipante la cui garanzia non sia accompagnata anche dall'impegno di un fideiussore, ad emettere la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione. Il bando di gara fa esplicito rinvio all'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006 relativamente alle garanzie prescritte per la partecipazione alla gara;\_- la suddetta disposizione espressamente prevede che l'offerta sia “corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario”;\_- tale prescrizione, che precisa l'onere posto a carico dei concorrenti e le conseguenze per il caso di inosservanza, non lascia margini di dubbio interpretativo e non può essere disapplicata dalla commissione di gara;\_- la garanzia fideiussoria presentata dalla ricorrente per la partecipazione alla gara non contemplava l'impegno in questione;\_- la mancanza di un elemento richiesto a pena di esclusione non può essere corretta dal concorrente durante il corso della procedura concorsuale

(Tar Campania, Napoli, con la sentenza numero 5272 del 17 maggio 2007)

**L'impegno del fideiussore della provvisoria ad emettere la definitiva deve essere incondizionato**

Negli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi la cauzione provvisoria, come previsto dall'articolo 75 del dl 163/2006, deve essere accompagnata dall'impegno di un fideiussore, in caso di aggiudicazione, ad emettere anche la cauzione definitiva: un tale impegno non può (e non deve) essere condizionato e quindi non può essere accettata la clausola per la quale il fideiussore potrebbe rifiutare l'emissione della cauzione definitiva "qualora si siano verificate a carico del contraente le seguenti ipotesi: "Protesti, escussioni di garanzia a seguito di mancato adempimento contrattuale, liquidazione volontaria o sottoposizione a procedure concorsuali ed il mancato pagamento dei compensi di proroga riferiti ad altri atti"\_. Come questo T.A.R. ha avuto modo di precisare recentemente, la condizione apposta all'efficacia dell'impegno da parte del fideiussore svuota, inevitabilmente, di contenuto l'impegno medesimo, in quanto ha l'effetto di privare l'Amministrazione della fondamentale garanzia per l'inadempimento dell'esecutore dei lavori; e ciò, proprio per i casi in cui esso si rivelasse inidoneo a svolgere la prestazione sottesa al contratto aggiudicato per ragioni che riguardano la stessa continuazione ed esistenza della sua attività d'impresa (come nel caso del fallimento), o, comunque, la sua affidabilità economica. \_Di fronte al rischio che risulti, nella sostanza, frustrata la ratio per la quale la legge e il bando di gara impongono sia l'impegno a prestare la garanzia definitiva, che, soprattutto, il rilascio della garanzia medesima, alla stazione appaltante non può residuare margine alcuno di discrezionalità in sede di ammissione alla selezione di imprese che non abbiano fornito un impegno recante i requisiti formali e sostanziali aderenti alla richiamata normativa.

(Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 1850 del 28 agosto 2006)

**Obbligo di presentare l'impegno del fideiussore della provvisoria ad emettere la definitiva**

In un appalto di servizi, qualora la cauzione provvisoria non venga accompagnata dall'impegno del fideiussore, in caso di aggiudicazione, ad emettere la successiva cauzione definitiva, come richiesto dal bando, è legittima l'esclusione della ditta partecipante in quanto non è ammessa la regolarizzazione ex post di adempimenti essenziali per il buon esito della procedura di gara. L'adempimento della dichiarazione integrativa della cauzione provvisoria è posto essenzialmente a garanzia dell'Amministrazione, che in tal modo viene ad essere preventivamente tutelata per l'ipotesi in cui la Ditta, in caso di aggiudicazione della gara, non fosse poi in grado di presentare la cauzione definitiva.

(Consiglio di Stato con la decisione numero 3752 del 7 maggio 2005)

**Legittimo annullamento di un'aggiudicazione per mancanza di impegno ad emettere la definitiva**

In Consiglio di Stato, in contrasto con il giudice di prime cure, annulla un'aggiudicazione di una ditta la cui cauzione provvisoria non era accompagnata da valida dichiarazione di impegno, da parte del fideiussore, a sottoscrivere la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione: riconosciuto il risarcimento del danno per equivalente nella misura del cinque per cento della base d'asta al netto del ribasso. L'articolo 30 della Legge Merloni, modificato da più leggi successive e richiamato dal bando di gara, prevede che il concorrente alla gara per l'appalto dell'opera pubblica produca, con la cauzione provvisoria o la corrispondente polizza fideiussoria (destinata a garantire l'amministrazione contro la mancata sottoscrizione del contratto per volontà dell'aggiudicatario), l'impegno incondizionato, assunto nei confronti del concorrente da un soggetto professionalmente abilitato a rilasciare garanzie, a rilasciare polizza fideiussoria definitiva (destinata a garantire l'amministrazione per l'adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore) nel caso in cui il concorrente vinca la gara e divenga appaltatore. La dichiarazione serve a dare all'amministrazione un ragionevole affidamento sul fatto che tutta l'attività

amministrativa di scelta del contraente non venga spesa inutilmente e conduca alla stipulazione dell'appalto **\_Va pure accolta la domanda di risarcimento del danno, non esistendo circostanze che potessero rendere dubbio l'obbligo d'esclusione. Il risarcimento non può essere che pecuniario, dal momento che l'opera è già stata realizzata; e il Collegio stima equo determinarlo nella misura del cinque per cento della base d'asta al netto del ribasso**

(Consiglio di Stato con la decisione numero 3752 del 7 maggio 2005)

**Sulle modalità di presentazione dell'impegno ad emettere la definitiva**

Se un bando, a pena d'esclusione, prevede che la cauzione provvisoria da presentare contenga, tra l'altro, "la clausola con cui il fideiussore si impegna, in caso di aggiudicazione della gara, a rilasciare anche la cauzione definitiva"; legittimamente va escluso un'impresa nella cui polizza vi è presente alcun impegno nel senso voluto dal bando; al contrario, tale articolo conferisce espressamente al fideiussore il diritto di non concludere il negozio con funzione di garanzia definitiva, e tale volontà può essere manifestata anche attraverso il silenzio serbato dell' Assicurazioni a fronte del formale atto di richiesta inviatole dalla ditta, obbligata principale. Dal momento che il tenore letterale del su trascritto articolo III.1.1. del bando non lascia residuare dubbio alcuno sulla necessità che, a pena d'esclusione, in sede di presentazione dell'offerta i concorrenti dovessero presentare una cauzione provvisoria corredata dalla clausola d'impegno a rilasciare la garanzia definitiva in caso d'aggiudicazione, clausola mancante nel documento contenente la garanzia prestata dall' Assicurazioni in favore della ricorrente; sicchè non vi è spazio, nel caso di specie, per l'applicazione dell'invocata regola pretoria per la quale, in caso di oscurità del significato della legge di gara si debba preferire l'interpretazione più favorevole ad una maggiore partecipazione alla competizione

(Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 1773 del 6 ottobre 2005)

**Richiesta di impegno ad emettere la garanzia definitiva in caso di non obbligatorietà di presentazione della provvisoria**

le norme di legge aventi valore imperativo sono sempre e comunque valide, anche se l'amministrazione si dimentica di indicarne il contenuto nella lex specialis di gara; in caso comunque di dubbio, deve essere garantita la massima partecipazione senza timore di violare la par condicio. Le disposizioni contenute nei bandi di gara devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, essendo principio valido in ogni procedimento concorsuale quello per cui, anche se i bandi nulla dispongano in ordine al predetto impegno, gli stessi devono, comunque, intendersi nel senso della necessità, da parte degli offerenti, di provvedere a produrre l'impegno circa la cauzione definitiva, con conseguente illegittimità degli atti di ammissione alla gara delle offerte che ne siano prive nonché, per invalidità derivata, del provvedimento di aggiudicazione della gara. **nel caso in cui, in una procedura di gara, alcune clausole del bando appaiano ambigue, va privilegiata, anche al fine di tutelare legittimi affidamenti, l'interpretazione che salvaguardi l'ammissibilità delle offerte e consenta ((piuttosto che quella che la ostacoli), la massima partecipazione alla gara. l'amministrazione avrebbe potuto richiedere alle ditte partecipanti alla gara l'integrazione documentale con la produzione dell'impegno di cui trattasi, senza incorrere nella violazione del principio della par condicio**

(Tar Sicilia, Palermo, con la sentenza numero 8432 del 27 dicembre 2005)