

## **Qualora la cauzione provvisoria venga presentata con le modalità di cui DM 123 del 2004, è necessaria un'espressa rinuncia ad avvalersi delle eccezioni di cui al menzionato art. 1957, comma 2, cod. civ da parte del garante (TAR N. 00487/2011)**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

La garanzia fideiussoria contempla inoltre espressamente la rinuncia ad avvalersi delle eccezioni di cui al menzionato art. 1957, comma 2, cod. civ.

Tale rinuncia produce l'impegno del fideiussore ad obbligarsi anche successivamente alla scadenza dell'obbligazione principale, limitatamente all'ipotesi in cui il creditore adempia diligentemente all'onere di fare valere le proprie pretese nei confronti del debitore principale entro il termine di decadenza di due mesi.

Poiché le disposizioni del richiamato DM 123 del 2004 non contemplano espressamente la rinuncia ad avvalersi delle eccezioni di cui all'art. 1957 cod. civ., comma 2, si è resa necessaria l'espressa menzione nella polizza di simile clausola

La garanzia provvisoria, pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, è stata diligentemente prestata dall'aggiudicataria in conformità alle prescrizioni della gara.

Può dunque passarsi al secondo motivo di ricorso col quale parte ricorrente censura che l'ATI

aggiudicataria non avrebbe presentato la cauzione provvisoria in modo conforme al bando ed all'art. 75 del d. lgs. 163 del 2006, disposizione che ha innovato la disciplina sulle cauzioni per le procedure pubbliche di gara.

Più in particolare, rileva parte ricorrente, la cauzione dell'ATI aggiudicataria non prevede l'esplicita rinuncia all'eccezione ai sensi dell'art. 1957, comma 2, cod. civ., come richiesto espressamente dalle previsioni del bando di gara.

Il motivo è palesemente infondato alla luce della documentazione depositata agli atti della causa.

La sezione XII del bando di gara prescrive che la garanzia provvisoria a copertura della mancata sottoscrizione del contratto, per fatto dell'aggiudicatario, deve essere prestata con le modalità di cui all'art. 75 del d. lgs. 163 del 2006 e conforme allo schema tipo 1.1 del D.M. n. 123 del 12.3.2004

L'art. 75 del d. lgs. 163 del 2006 prescrive al comma 1 che 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.

Il comma 2 consente che la cauzione possa essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, ai sensi del comma 3, la fideiussione, sempre a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari -iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385- che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Per quanto d'interesse ai fini della controversia in discussione, l'art. 75, comma 4, dispone che la garanzia deve prevedere espressamente le seguenti clausole:

- rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale;
  
- rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, cod. civ., nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Ai sensi del comma 5, la garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia nel corso della procedura, su richiesta della stazione appaltante e per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della scadenza della garanzia medesima non vi sia stata ancora alcuna aggiudicazione.

L'esame della documentazione agli atti di causa mostra che la controinteressata ha stipulato con la Compagnia Assicurazioni garanzia fideiussoria, espressamente emessa in conformità alle disposizioni di cui al D.M. n. 123 del 12.3.2004, nonché in applicazione delle modifiche e delle integrazioni introdotte dalle norme di cui all'art. 75 del d. lgs. n. 163 del 2006.

La garanzia fideiussoria contempla inoltre espressamente la rinuncia ad avvalersi delle eccezioni di cui al menzionato art. 1957, comma 2, cod. civ.

Tale rinuncia produce l'impegno del fideiussore ad obbligarsi anche successivamente alla scadenza dell'obbligazione principale, limitatamente all'ipotesi in cui il creditore adempia diligentemente all'onere di fare valere le proprie pretese nei confronti del debitore principale entro il termine di decadenza di due

mesi.

Poiché le disposizioni del richiamato DM 123 del 2004 non contemplano espressamente la rinuncia ad avvalersi delle eccezioni di cui all'art. 1957 cod. civ., comma 2, si è resa necessaria l'espressa menzione nella polizza di simile clausola

La garanzia provvisoria, pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, è stata diligentemente prestata dall'aggiudicataria in conformità alle prescrizioni della gara.

<https://www.diritto.it/qualora-la-cauzione-provvisoria-venga-presentata-con-le-modalita-di-cui-dm-123-del-2004-e-necessaria-un-espressa-rinuncia-ad-avvalersi-delle-eccezioni-di-cui-al-menzionato-art-1957-comma-2-cod-ci/>