

L'impegno ad emettere la definitiva si trova già nelle condizioni della polizza provvisoria emessa come da dm 123 2004 (Sent. TAR N. 02806/2011)

Autore: Lazzini Sonia

In: Appalti pubblici

Passaggio tratto dalla sentenza numero 2806 del 28 novembre 2011 pronunciata dal Tar Sicilia, Catania

Precedente giurisprudenza

sentenza numero 354 del 14 luglio 2011 pronunciata dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

decisione numero 7418 del 14 dicembre 2006 dl Consiglio di Stato

sentenza numero 106 del 12 gennaio 2009, emessa dal Tar Lazio, Roma

Tar l'Emilia-Romagna, Parma, sentenza numero 554 del 24 novembre 2005

sentenza numero 224 dell' 8 febbraio 2006 del Tribunale Amministrativo per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria

Con il secondo motivo, la controinteressata lamenta che l'ATI ricorrente, pur avendo prodotto la cauzione

provvisoria, non ha attestato l'impegno del fideiussore alla stipulazione della cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, in violazione dell'art. 30 della L. n. 109/94 e del bando di gara, essendosi limitata a produrre una fideiussione bancaria a cui ha allegato una mera scheda tecnica conforme allo schema tipo di cui al D.M. n. 123/04, senza alcuna sottoscrizione e che recava la generica accettazione di tutte le clausole previste dallo schema tipo stesso.

Anche tale motivo di ricorso è infondato.

In realtà, l'impegno fideiussorio in questione è stato redatto in conformità allo schema Tipo 1.1 approvato col D.M. 123/2004, cioè in ossequio alla disposizione che ha approvato lo schema generale da utilizzare per la prestazione della "cauzione provvisoria", il cui art. 1 prevede appunto l'impegno del fideiussore nei confronti della stazione appaltante alla stipulazione della cauzione definitiva in caso di aggiudicazione.

In sostanza, lo schema in questione, allegato alla polizza vera e propria, regolarmente firmata, specifica e riporta le condizioni della polizza, che infatti non si rinvengono in quest'ultima, contenendo tutte le prescrizioni specifiche previste dai richiamati commi 2 bis e 2 ter dell'art. 30.

Ne consegue che l'impegno fideiussorio è da ritenersi validamente prodotto.

Precedente giurisprudenza

Prima della prestazione della garanzia definitiva, peraltro, il concorrente è tenuto ad allegare all'offerta l'"impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria", per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 75, comma 8.

L'atto di fideiussione per la cauzione provvisoria rilasciato dalla banca garante, incorpora tale impegno all'art. 1, secondo comma, dello schema tipo, riportato nella seconda pagina della garanzia

Nel contesto della norma, quindi, non è prescritto che l'impegno preliminare a prestare la successiva garanzia sia assunto direttamente nei confronti della stazione appaltante.

Non è vero che la compagnia di assicurazioni potrebbe revocare l'impegno prima che la stazione appaltante manifesti la volontà di accettare l'obbligazione contratta dal terzo aggiudicatario.

Infatti, resta comunque fermo l'obbligo dell'offerente di presentare un impegno di un soggetto autorizzato a prestare fideiussione nei confronti della stazione appaltante. Inoltre, la volontà del beneficiario di avvalersi dell'obbligazione contratta dall'offerente risulta già pienamente manifestata con il bando di gara. Ne deriva che il garante non può recedere dall'obbligazione preliminare assunta verso l'offerente con la stipula del contratto

Tratto dalla sentenza numero 354 del 14 luglio 2011 pronunciata dal Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste

si prospetta la violazione dell'art. 75 del Codice dei contratti e, in particolare, del suo comma 8 che prevede l'onere del concorrente di esibire in gara, insieme alla cauzione provvisoria, la dichiarazione con cui un fideiussore si impegna a favore della stazione appaltante - a rilasciare la cauzione definitiva di cui all'art. 113 dello stesso codice, qualora il concorrente risultasse aggiudicatario.

Sostiene infatti parte ricorrente che la Controinteressata avrebbe prodotto in gara una dichiarazione di impegno manifestamente inidonea allo scopo, in quanto ad essa stessa diretta e non alla stazione appaltante, che invece rappresenta l'unico soggetto beneficiario dell'impegno del fideiussore

Il secondo motivo è invece infondato perché la Controinteressata ha presentato con l'offerta di gara una valida garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, che contiene un altrettanto valido impegno del fideiussore al rilascio della garanzia per la cauzione definitiva prevista dall'art. 113 citato.

L'atto di fideiussione per la cauzione provvisoria rilasciato da Intesa San Paolo, incorpora tale impegno all'art. 1, secondo comma, dello schema tipo, riportato nella seconda pagina della garanzia.

Nella prima pagina, al quarto riquadro viene espressamente indicato: «stazione appaltante (beneficiario): Dipartimento Servizi Condivisi-sede via Uccellis, 12/f Udine". Pertanto non vi può essere dubbio sul fatto che il D.S.C. sia beneficiario di tutte le obbligazioni assunte da Banca garante con il contratto di fideiussione, tra le quali quella relativa all'impegno di rilasciare, in caso di aggiudicazione, la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva.

Va anche chiarito che l'art. 75 c. 8 , d.lgs 163/2006 neppure prescrive che l'impegno preliminare a prestare la successiva garanzia sia assunto direttamente nei confronti della stazione appaltante (C.d.S sez. V, 08 febbraio 2011, n. 852).

decisione numero 7418 del 14 dicembre 2006 dl Consiglio di Stato

Il testo di polizza provvisoria di cui al DM 123/2004 implicitamente prevede anche l'impegno ad emettere la definitiva

Il giudice di appello è molto chiaro: qualora una cauzione provvisoria sia stata presentata (ed accettata) con le modalità di cui al DM 123/2004 (mai esplicitamente abolito), non vi è necessità di allegare anche l'impegno del fideiussore ad emettere la cauzione definitiva in quanto, tale circostanza è già contemplata nelle condizioni di polizza

Tale semplificazione si verifica anche se nel bando sia esplicitamente richiesta la dichiarazione di impegno da allegare alla cauzione provvisoria, a pena di esclusione

Contrariamente a quanto affermato dai primi giudici, un'impresa la cui cauzione provvisoria sia stata regolarmente emessa come da decreto ministeriale 123/2004 ,non necessita di essere accompagnata anche dall'impegno del fideiussore ad emettere la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione

Vediamo comunque i fatti a cui si riferisce la decisione numero 7418 del Consiglio di Stato del 14 dicembre 2006.

Andiamo a visitare la sentenza di primo grado che è stata emessa dal Tar Puglia, Prima Sezione di Bari, numero 1293 decisa il 9 marzo 2005*** (di cui viene riportato il testo integrale) di cui riportiamo un breve commento:

Legittima esclusione per carenza della documentazione prescritta dal bando di gara, in relazione all'omessa presentazione di polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria e dichiarazione d'impegno per la cauzione definitiva, il tutto in applicazione al DM 123/2004 richiamato dalla lex specialis di gara

Il concorrente allega alla domanda di partecipazione , come permesso dal punto 4 dell'articolo 1 del dm 123/2004, unicamente la scheda di polizza relativa alla garanzia provvisoria, ma dalla documentazione in possesso dell'amministrazione, non si evince anche l'impegno del fideiussore a sottoscrivere la cauzione definitiva.

Il Tar Puglia, Prima Sezione di Bari, con la sentenza numero 1293 decisa il 9 marzo 2005 si occupa di una fattispecie relativa all'applicazione del Decreto Ministeriale n. 123 entrato in vigore il 27 maggio 2004 e contenente i testi delle polizze tipo per gli appalti pubblici di lavori

Per meglio comprendere la complessità della diatriba, va sottolineato che per “schema” si intendono le <condizioni di polizza>, mentre per “scheda” quello che una volta veniva denominato <frontespizio di polizza>

Il ricorso è stato presentato avverso il bando di gara per un appalto mediante pubblico incanto di lavori, nella parte in cui non consentirebbe la possibilità di allegare le scheda tecnica, in ottemperanza al Decreto del Ministero della Attività Produttive del 12 marzo 2004, n.123, e/o di chiarire, integrare la documentazione prodotta in relazione alla cauzione

Nella fattispecie, la ditta ricorrente si è limitata a presentare documento che riguarda la sola garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, come in esso espressamente indicato, anche nel riferimento ivi contenuto allo “Schema Tipo 1.1” e “Scheda Tecnica 1.1”; ed infatti la scheda sottoscritta dall’assicuratore e dal contraente ha il contenuto tipico della scheda tecnica 1.1, riferita alla sola cauzione provvisoria

Le motivazioni delle lamentele della ricorrente si basano sul presupposto di:

- Violazione art. 1 comma 1 d.m. 12 marzo 2004, n. 123.

- Eccesso di potere, perché è stata presentata scheda tecnica conforme allo schema tipo sub 1.1) di cui agli allegati al citato decreto ministeriale che, a fini di semplificazione, abilita i concorrenti alle pubbliche gare a presentare anche le sole schede tecniche debitamente compilate e sottoscritte

L’adito giudice amministrativo rigetta il ricorso sulla base delle seguenti considerazioni:

1. il bando di gara al paragrafo 8) lettera a) punto due e lettera b) nel richiedere la prestazione, a mezzo di polizza fideiussoria, della cauzione provvisoria e dichiarazione d'impegno per la prestazione della cauzione definitiva non può ritenersi preclusivo delle diverse modalità stabilite dal d.m. 12 marzo 2004, n. 123, che, ai sensi dell'art. 1 comma 4 dispone che: "A fini di semplificazione delle procedure inerenti agli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle Stazioni appaltanti le sole schede tecniche, contenute nell'allegato al presente decreto, debitamente compilate e sottoscritte dalle parti contraenti";

2. il suddetto allegato comprende però distinti schemi e schede, di cui quelli sub 1.1 riguardano precipuamente la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, laddove quelli sub 1.2 attengono, invece, alla garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva;

3. nemmeno nel successivo documento inviato alla stazione appaltante, denominato "condizioni generali di assicurazione", è contenuta una scheda tecnica che abbia contenuto di cui a quella sub 1.2, relativa alla cauzione definitiva;

4. che, quindi, essendo mancata l'allegazione, sostitutiva della dichiarazione di cui al paragrafo 8) lettera b) del bando, della scheda tecnica 1.2, concernente la cauzione definitiva, ed in assenza totale del suddetto documento essenziale per la partecipazione alla gara non potrebbe farsi luogo e ipotizzarsi l'esercizio di alcun potere istruttorio integrativo

Morale.

Per l'adito giudice amministrativo, la ditta doveva:

- allegare anche le condizioni di polizza della provvisoria (schema) dalle quali si evinceva l'impegno del

fideiussore a sottoscrivere la cauzione definitiva

- presentare anche il frontespizio (scheda) della polizza definitiva

ovviamente la ditta non ci sta e quindi propone ricorso davanti al Consiglio di Stato il quale, sulla base delle seguenti considerazioni:

1.

la ditta individuale avvalendosi della facoltà riconosciuta in via generale dall'articolo 1, quarto comma, del D.M. 12 marzo 2004, n. 123 (adottato dal Ministero delle Attività Produttive) ha presentato in allegato all'offerta la scheda tecnica corrispondente allo Schema Tipo 1.1 relativa alla garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria.

2.

Detta scheda, debitamente sottoscritta e compilata dalle parti contraenti contiene una esplicita dichiarazione secondo cui la sottoscrizione "costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello Schema Tipo".

3.

Nello Schema Tipo 1.1, anche se nel titolo si fa riferimento alla sola garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria (circostanza che può aver tratto in inganno sia l'Amministrazione appellata che il giudice di primo grado), nell'articolo 1, secondo comma, si precisa, in termini inequivocabili, che la garanzia comprende anche l'impegno "nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'articolo 30, comma, secondo, della legge 11 febbraio 1994 n. 109".

Di conseguenza:

E' evidente, pertanto, che l'impresa ha assolto per intero alle prescrizioni del bando della gara in questione, sia pure nella forma semplificata che è consentita con disposizione di carattere generale non contestata in questa sede e che assolve ad una importante funzione di semplificazione nelle procedure di gara che non può essere limitata da prescrizioni di singoli bandi equivoche o dubbie nel significato che può essere loro attribuito

Il Tar Lazio, Roma (sentenza numero 106 del 12 gennaio 2009) , nonostante un precedente consolidato orientamento giurisprudenziale (Tar Lazio, Roma, 02.07.2008 n. 6366_C.St. 14.12.2006 n. 7418_Tar Calabria, Reggio Calabria, 08.02.2006 n. 224_Tar Emilia, Parma, 24.11.2005 n. 554) , e una palese presenza della clausola per la quale <il Garante si impegna nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'articolo 30 della Legge 10994 smi (ora articolo 113 del codice dei contratti); ritiene che sia legittima l'esclusione di un'impresa che ha presentato la cauzione provvisoria avvalendosi della scheda tecnica di cui al dm 123/2004, senza allegare, specificamente, anche, un ulteriore impegno alla sottoscrizione della cauzione definitiva in caso di aggiudicazione: per buona pace della semplificazione amministrativa!

Per una volta tanto, mi sia permesso, invece di essere mera "riassuntrice" ed "intepretatrice" del pensiero dei nostri giudici amministrativi, di rivestire invece gli scomodi (ma necessari) panni di "criticatrice".

Non per presunzione, ma per esperienza!

Dunque il passaggio che deve destare non poca sorpresa della sentenza numero 106 del 12 gennaio 2009,

emessa dal Tar Lazio, Roma è il seguente:

< Tanto premesso, non ritiene il Collegio che possa essere condivisa la tesi delle parti resistenti che detta dichiarazione di accettazione “incondizionata” delle citate condizioni, contenuta nella polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria, prodotta dalla controinteressata, potesse essere legittimamente intesa come impegno della società di assicurazione a rilasciare la garanzia fideiussoria anche per la cauzione definitiva, e che solo per eccesso di scrupolo la s.p.a. BETA avrebbe poi trasmesso l’atto di variazione, da intendersi quale mero chiarimento, della polizza fideiussoria nella quale la s.p.a. COMPAGNIA GARANTE meglio specificava il suo impegno.

Osta a detta interpretazione il tenore letterale della clausola apposta alla polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria rilasciata nel caso che occupa dalla COMPAGNIA GARANTE s.p.a., che così recita: “...la sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello schema tipo 1.1. e di quanto disposto dall’art. 75 del Dlgs 163/2006”.

Innanzitutto va evidenziato che lo schema tipo 1.1 del D. M. 12 marzo 2004, n. 123, recante, secondo la stessa definizione contenuta in esso decreto, “lo schema obbligatorio delle condizioni contrattuali delle singole garanzie fideiussorie”, riguarda la “Garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria”, mentre è lo schema tipo 1.2 che riguarda la “Garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva”.

Orbene, detto schema tipo 1.1. elenca e descrive l’oggetto della garanzia, la durata di questa, la somma garantita, nonché le modalità di escussione della garanzia e della surrogazione, la forma delle comunicazioni e le modalità di pagamento del premio o commissione; indica poi il foro competente e contiene il rinvio alle norme di legge per quanto non diversamente regolato.

Nessun riferimento all’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto, prescritto per la regolarità dell’offerta dal più volte citato art. 75 del D. Lgs. n. 163 del 2006, è

contenuto in detta scheda tecnica 1.1.>

A prescindere dalla confusione, del tutto naturale, che sempre si riesce a fare fra “scheda” e “schema”, ovvero più semplicemente, fra frontespizio e condizioni di polizza, l’affermazione dei giudici romani secondo cui < Nessun riferimento all’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto, prescritto per la regolarità dell’offerta dal più volte citato art. 75 del D. Lgs. n. 163 del 2006, è contenuto in detta scheda tecnica 1.1> NON E’ CORRETTA NE’ CORRISPONDENTE AL VERO.

Vediamo di verificare su quali circostanze si base questa mia affermazione, della quale ne sono assolutamente convinta tanto da permettermi di criticare una sentenza amministrativa.

PUNTO PRIMO:

il Dm 123/2004 è ancora in vigore in quanto non è mai stato ufficialmente abrogato; non avrà più validità dal momento in cui il nostro legislatore avrà terminato, con l’approvazione del regolamento di attuazione (è stato appena reso noto il parere del Consiglio superiore dei Lavori pubblici sulla terza bozza: la parola ora passa al Consiglio di Stato), l’annoso compito di armonizzare tutte le norme relative agli appalti pubblici:

PUNTO SECONDO

Soltanto per le cauzione provvisorie e definitive, c'è bisogno di un'appendice di integrazione (specialmente sulla richiesta di rinuncia di eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile (comma 4 articolo 75 del codice dei contratti), mentre per le altre polizza, essendo invariato l'obbligo assicurativo (almeno fino a quando non diventerà esecutivo il nuovo regolamento perché dopo ci saranno alcune importanti novità per i progettisti e per i validatori di progetto), le polizze tipo sono adatte a rispondere alle esigenze della norma primaria.

PUNTO TERZO

Il comma 8 dell'articolo 75 che testualmente così recita:

< 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 maggiormente permissivo rispetto alla stessa norma di cui alla Legge Merloni, così a suo tempo redatta:

< 1. L'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata da una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fidejussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, **e dall'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario**>

In quanto nella precedente disposizione (a cui si riferiscono le schede e gli schemi del dm 123/2004) , inequivocabilmente, il garante della fideiussione definitiva doveva essere lo stesso della provvisoria , mentre attualmente è sufficiente la dichiarazione di UN FIDEIUSSIORE (e non DEL FIDEIUSSORE).

PUNTO QUARTO

Per i principi della semplificazione amministrativa, il redattore del Dm 123/2004 permette ai partecipanti di allegare alla propria offerta, solo il frontespizio di garanzia_scheda_ : in tale documento viene chiaramente indicato che <la presente scheda tecnica costituisce parte integrante dello Schema 1.1. di cui al dm 123/2004 e riporta i dati e le informazioni necessarie all'attivazione della garanzia fideiussoria di cui al citato schema tipo: la sua sottoscrizione costituisce atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello Schema tipo>

Ricordiamoci inoltre che nell' Art. 1. Disposizioni generali del dm 123/2004 al comma 4 si legge che:

4. A fini di semplificazione delle procedure inerenti agli appalti di lavori pubblici, i concorrenti sono abilitati a presentare alle Stazioni appaltanti le sole schede tecniche, contenute nell'allegato al presente decreto, debitamente compilate e sottoscritte dalle parti contraenti.

PUNTO QUINTO E ULTIMO

Detto questo, non ci resta allora che andare a leggere le condizioni di polizza di cui allo Schema 1.1.

Schema Tipo 1. 1 (D. M123/2004 .) - garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria

Art. 1 - Oggetto della garanzia

Il Garante si impegna nei confronti della Stazione appaltante, nei limiti della somma garantita, al pagamento delle somme dovute dal Contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara di cui alla Scheda Tecnica.

Inoltre il Garante si impegna nei confronti del Contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'Art. 30, comma 2, della Legge.

Art. 2 - Durata della garanzia

L'efficacia della garanzia, come riportato nella Scheda Tecnica:

a) decorre dalla data di presentazione dell'offerta;

b) ha validità di almeno 180 giorni a partire dalla data su indicata;

c) cessa automaticamente qualora il Contraente non risulti aggiudicatario o secondo in graduatoria della gara, estinguendosi comunque ad ogni effetto trascorsi 30 giorni dall'aggiudicazione della gara ad altra Impresa;

d) cessa automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto da parte del Contraente aggiudicatario della gara.

La liberazione anticipata della garanzia rispetto alle scadenze di cui ai precedenti punti b), c), d) può aver luogo solo con la consegna dell'originale della Scheda Tecnica o con comunicazione scritta della Stazione appaltante al Garante.

Art. 3 - Somma garantita

La somma garantita dalla presente fideiussione è pari al 2% dell'importo dei lavori da eseguire, così come previsto dall'Art. 30, comma 1, della Legge, ed il relativo valore è riportato nella Scheda Tecnica.

Qualora ricorrano le condizioni di cui all'Art. 8, comma 11-quater, della Legge, la somma garantita indicata al primo comma è ridotta del 50%.

Art. 4 - Escussione della garanzia

Il Garante pagherà l'importo dovuto dal Contraente entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante inviata per conoscenza anche al Contraente, presentata in conformità del successivo Art. 6 e contenente gli elementi in suo possesso per l'escussione della garanzia. Il Garante non godrà del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'Art. 1944 cod. civ.

Restano salve le azioni di legge nel caso che le somme pagate dal Garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute.

Art. 5 - Surrogazione

Il Garante, nei limiti delle somme pagate, è surrogato alla Stazione appaltante in tutti i diritti, ragioni ed azioni verso il Contraente, i suoi successori ed aventi causa a qualsiasi titolo.

La Stazione appaltante faciliterà le azioni di recupero fornendo al Garante tutti gli elementi utili in suo possesso.

Art. 6 - Forma delle comunicazioni

Tutte le comunicazioni e notifiche al Garante dipendenti dalla presente garanzia, per essere valide, devono essere fatte esclusivamente con lettera raccomandata indirizzata alla sede del Garante.

Art. 7 - Premio o Commissione

Il premio/commissione dovuto dal Contraente all'atto della stipulazione della presente garanzia è riportato nella Scheda Tecnica.

Il mancato pagamento del premio/commissione non può essere opposto alla Stazione appaltante.

Le somme pagate a titolo di premio/commissione rimangono comunque acquisite dal Garante indipendentemente dal fatto che la garanzia cessi prima della data prevista all'Art. 2.

Art. 8 - Foro competente

In caso di controversia fra il Garante e la Stazione appaltante, il foro competente è quello determinato ai sensi dell'Art. 25 cod. proc. civ.

Art. 9 - Rinvio alle norme di legge

Per tutto quanto non diversamente regolato, valgono le norme di legge.

Sorpresa!

All'articolo 1 , secondo paragrafo, è presente l'impegno del fideiussore ad emettere, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva.

Giusto a titolo di ulteriore precisazione, assolutamente asburgica

Il comma 8 dell'articolo 75 del codice dei contratti, richiede:

< "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.">

Senza peraltro specificare se questo impegno deve essere rivolto dal garante nei confronti della Stazione Appaltante o a favore del partecipante!

Anzi, a volerla dire tutta, l' articolo 101 del dpr 554/99 (norma peraltro ancora in vigore in quanto non abrogata dal codice dei contratti, fino all'emanazione del nuovo regolamento di attuazione) sancisce che:

< TITOLO VII - GARANZIE

Art. 100 (Cauzione provvisoria)

1. La cauzione provvisoria prevista dall'articolo 30, comma 1, della Legge può essere costituita a scelta dell'offerente in contanti o in titoli del debito pubblico o garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una Sezione di Tesoreria Provinciale o presso le aziende di credito autorizzate a titolo di pegno a favore delle stazione appaltanti. La cauzione può essere costituita, sempre a scelta dell'offerente anche mediante fideiussione bancaria ovvero mediante polizza assicurativa fideiussoria con clausola di pagamento a semplice richiesta.

2. La cauzione provvisoria deve essere accompagnata dall'impegno di un fidejussore verso il concorrente a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva nel caso di aggiudicazione da parte del concorrente dell'appalto o della concessione.>

Ed è infatti su questa ultima norma che è stato redatto il dm 123/2004

Non serve l'impegno ad emettere la definitiva se la cauzione provvisoria è rilasciata come da dm 123/2004

Dopo l'entrata in vigore del DM 124/2004 sulle polizze tipo da esibire per la partecipazione ad appalti di lavori, non c'è più bisogno di allegare alla cauzione provvisoria, se presentata con la scheda tecnica costituente parte integrante dello schema tipo, l'impegno del fideiussore ad emettere, in caso di aggiudicazione, la cauzione definitiva.

Ente emittente

Tar l'Emilia-Romagna, Parma, sentenza numero 554 del 24 novembre 2005

Ricorrente

Numerose ditte escluse da un appalto di lavori

Atto sottoposto a ricorso

l'atto di aggiudicazione provvisoria dell'appalto per lavori di adeguamento dell'impianto elettrico della scuola elementare e media del Comune di Borgonovo Val Tidone e ogni altro atto connesso adottato da tale Comune, fra cui l'esclusione delle stesse ricorrenti dalla gara, disposta per essere mancante l'impegno di un fideiussore alla prestazione della cauzione definitiva.

Legittimato passivo

Il comune committente

Argomenti trattati

Le ricorrenti deducono la violazione dell'art. 30, 1° comma, della legge n. 109/94 e del D.M. n. 123/04, e l'eccesso di potere per perplessità; carenza di motivazione e contraddittorietà, e osservano che la semplice presentazione, in unico contesto con la prestazione della cauzione provvisoria della scheda tecnica costituente parte integrante dello schema tipo 1.1 di cui al D.M. 13/03/04 n. 123, è consentita da tali disposizioni e costituisce equipollente all'atto di prestazione della cauzione definitiva.

il parere del giudice

Le concorrenti escluse hanno correttamente provveduto a prestare, in un unico contesto con la cauzione provvisoria, l'impegno incondizionato del fideiussore (con rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale) alla prestazione della garanzia definitiva, impegno che è contenuto nella scheda tecnica 1.1 di cui al D.M. 12/03/04, n. 123, la quale a norma degli artt. 1, 2° c., e 4 del citato D.M., è parte integrante dello schema tipo di fideiussione (le cui condizioni sono formalmente e integralmente accettate dal fideiussore) essendo quindi incongrua la richiesta di un impegno contenuto in atto separato.

Esito della sentenza

Gli atti impugnati devono quindi essere annullati; non può disporsi alcuna condanna al risarcimento di danni non dettagliatamente esposti e provati

Se la Compagnia di Assicurazione rilascia una fideiussione provvisoria a norma del decreto ministeriale n.

123/2004. va da sé che l'impegno a sottoscrivere la cauzione definitiva è già implicito nella dichiarazione di accettare tutte le condizioni previste nello schema tipo.

Soltanto nel caso in cui la *lex specialis* di gara dovesse prevedere una dichiarazione autonoma e separata, sarebbe legittima l'esclusione dell'impresa sprovvista di tale documento.

La sentenza numero 224 dell' 8 febbraio 2006 del Tribunale Amministrativo per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, merita di essere segnalata per l'importante principio in tema di presentazione dell'impegno a rilasciare la cauzione definitiva, in essa contenuto.

Nel caso in esame, la ditta ricorrente ha presentato polizza fideiussoria ai sensi dell'art. 30 della legge n. 109/1994, con espressa indicazione che la scheda tecnica allegata alla documentazione di cui al bando di gara costituiva parte integrante dello schema tipo 1.1. di cui al decreto ministeriale n. 123/2004 e riportava i dati e le informazioni di cui al menzionato schema tipo. Nella polizza, inoltre, si affermava esplicitamente che la sua sottoscrizione costituiva atto formale di accettazione incondizionata di tutte le condizioni previste nello schema tipo.

L'adito giudice amministrativo non ha dubbi nel sostenere che:

<Tale dichiarazione non può che essere intesa, sotto un profilo sostanziale, come impegno da parte della società di assicurazione nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'art. 30, secondo comma, della legge n. 109/1994 >

Ma vi è di più.

<Tenendo conto delle norme che disciplinano l'interpretazione della volontà contrattuale e avuto ricontrointeressata al tenore letterale dell'impegno da parte della società di assicurazione, tramite sottoscrizione, ad accettare incondizionatamente tutte le condizioni previste nello schema tipo, resta indubitabile che, nella specie, la società di assicurazione si è vincolata a rilasciare in favore del contraente (e della stazione appaltante) la garanzia per la cauzione definitiva prevista nell'art. 30, secondo comma, della legge n. 109/1994, con la conseguenza che appare perfettamente tutelato l'interesse dell'Amministrazione alla certezza in ordine all'eventuale rilascio della garanzia nell'ipotesi di aggiudicazione della gara in favore della ditta di cui risulta titolare l'odierno ricorrente>

<https://www.diritto.it/l-impegno-ad-emettere-la-definitiva-si-trova-gia-nelle-condizioni-della-polizza-provvisoria-emessa-come-da-dm-123-2004-sent-tar-n-028062011/>