

Analisi di un atto di fideiussione a copertura degli obblighi contrattuali (garanzia definitiva) che mal si adatta alle prescrizioni normative del combinato disposto dell'articolo 30, commi 2 e 2 bis della legge 109/94 s.m.i. con l'articolo 101 del relativo regolamento di attuazione

Autore: Redazione

In: Diritto amministrativo

(Dpr. 554/99)

A cura di Sonia LAZZINI

Stante la produzione veramente numerosa di sentenze emesse dai nostri tribunali amministrativi in materia di polizze cauzioni e in considerazione del fatto che ai responsabili unici del procedimento è richiesto di essere anche giuristi, al fine di essere sicuri che le garanzie che accettano siano conformi alle prescrizioni di legge, ritengo di intervenire con una breve analisi di un testo di garanzia fideiussoria definitiva non adatta a coprire il rischio richiesto dalla normativa nazionale in materia di appalti pubblici di lavori.

Giusto a titolo di precisazione, segnalo che è ancora vigente l'articolo 57 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 del regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato.

ART. 57. La validità delle cauzioni personali e del fideiussore deve essere riconosciuta e dichiarata dal pubblico ufficiale che l'accetta per conto dell'amministrazione

Nel corso di un recentissimo incontro di formazione avuto con alcune (bravissime e squisite) persone che all'interno del proprio comune si occupano, con varie funzioni, delle problematiche assicurative della legge sugli appalti di lavori, mi sono stati sottoposti alcuni contratti di cauzione definitiva che nulla hanno a che vedere con le condizioni richieste dalla legge Merloni.

Ritengo che, mentre possa scusarsi l' "ignoranza" dei dipendenti delle stazioni appaltanti in materia di assicurazione (in quanto non strettamente di loro competenza quotidiana), ed altrettanto si possa dire in favore degli appaltatori (che devono saper costruire e non avere con sé una lente di ingrandimento) non sia, invece, assolutamente plausibile che una Società privata (indistintamente se Banca, Compagnia di

assicurazione o Società autorizzata all'esercizio dell'attività fidejussoria) si possa permettere di rilasciare un documento, che, non solo non è assolutamente in linea con quanto richiesto dalle vigenti disposizioni in materia, ma che contenga altresì una clausola di limitazione della responsabilità del Garante e scarichi sul contraente e sul beneficiario l'accettazione "incondizionata" del contenuto del contratto stesso.

Esistono alcune condizioni di contratto che non vanno accettate: scopriamo quali e perché.

DELIMITAZIONE DELLE GARANZIE

Passiamo ad esaminare il contenuto della delimitazione della garanzia (normalmente contenuta nel primo articolo delle condizioni generali):

"Alle condizioni generali e particolari contenute nel presente atto di fideiussione, la Società, fino alla concorrenza dell'importo indicato si costituisce fideiussore del contraente per le somme che esso fosse tenuto a corrispondere al beneficiario in virtù delle obbligazioni contrattuali assunte con il contratto indicato nel frontespizio.

La garanzia ha la durata indicata nel frontespizio ma potrà di volta in volta essere concordemente prorogata fino al momento dell'approvazione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, ma comunque non oltre due mesi dalla scadenza dei termini di cui al primo, secondo e terzo comma dell'articolo 5 della legge 10 dicembre 1981 n. 741.

La garanzia è limitata alle obbligazioni contrattuali, con espressa esclusione dei debiti di valuta e delle penalità contrattuali, e al periodo di validità e di durata fissato nel frontespizio, trascorso il quale la presente fideiussione non avrà alcuna efficacia; quanto sopra anche per il caso in cui l'originale del presente atto non venga restituito dopo il termine del suddetto suo periodo di validità.

Il periodo di validità ed efficacia della fideiussione si intende comunque ed in ogni altro caso, limitato solo fino al termine dell'obbligazione principale cui la presente fideiussione si riferisce, qualora tale scadenza risulti antecedente rispetto alla data del termine sopra indicato.

Le inadempienze contrattuali potranno essere comunicate alla Società esclusivamente entro il periodo di durata della fideiussione.

Nessun rimborso è dovuto in caso di anticipata estinzione dell'obbligazione cui la presente fideiussione si riferisce e comunque nessun rimborso del corrispettivo pagato è dovuto a nessun titolo o ragione"

Prima osservazione:

Si parla di "condizioni generali e particolari contenute nel presente atto di fideiussione" e non di:

"Alle condizioni generali e particolari di Assicurazione contenute nella presente polizza"

da cui si deve subito dedurre che il garante NON è una Compagnia di Assicurazione !!!!!!!

Inoltre non si parla di polizza ma di ATTO DI FIDEIUSSIONE.

Secondo un'interpretazione letterale della norma, i soggetti che non siano Banche o Compagnie di assicurazioni possono, a tutt'oggi, rilasciare solo le garanzie provvisorie e non anche quelle definitive.

La legge finanziaria per il 2001 (legge 23 dicembre 2000 n. 388) all'articolo 145, comma 50 ha novellato il primo comma dell'articolo 30 della Legge 109/94 s.m.i. con le parole sottoriportate in corsivo:

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 fideiussione 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.(omissis)

Altri interpreti, più propensi ad allargare il novero dei soggetti autorizzati ad emettere fideiussioni (sia quelle provvisorie che definitive) sono inclini a ritenere che sia stato sufficiente modificare questo comma dell'articolo per automaticamente rendere accettabili da parte delle stazioni appaltanti, gli atti di fideiussione emessi anche dalle SIM : unica "conditio sine qua non" è l'iscrizione all'articolo 107 (e non solo al precedente articolo 106) del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

Non dobbiamo però trascurare quanto evidenziato dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sez. II[^], con la sentenza numero 574 del 24 gennaio 2001 - 17 aprile 2001 che afferma che l'intento del legislatore della Merloni è stato quello di limitare le garanzie nel settore dei lavori pubblici alle sole fideiussioni bancarie o polizze assicurative con esclusione di qualsiasi altra forma di fideiussione, ma che la legge finanziaria per l'anno 2001, (legge 23 dicembre 2000, n. 388) che all'art. 145, co.50, prevede ora (dopo la sentenza) espressamente la possibilità che cauzione provvisoria (ma non anche la definitiva) venga prestata mediante fideiussione rilasciata da un intermediario finanziario ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. 385/1993.

Scorriamo qui di seguito il passo deciso della sentenza del giudice amministrativo adito nel caso di specie: "(omissis) 2.- Passando quindi alla trattazione nel merito del ricorso principale si rileva come la questione attenga alla validità o meno, ai fini della partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici, della cauzione provvisoria prestata mediante fideiussione rilasciata da un intermediario finanziario ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. 385/1993.

Sul punto la Sezione si è già espressa in senso negativo (cfr. sentenze 22 febbraio 2000, n. 374, e 9 maggio 2000, n. 734) e nello stesso senso è anche l'orientamento del C.G.A. (dec. 13 ottobre 1999, n. 451). E tale interpretazione è stata da ultimo accolta dal Consiglio di Stato, con decisione della Sez. V 26 settembre 2000 n. 5101, con la quale è stata affermata la illegittimità della clausola del bando di gara per l'aggiudicazione di un appalto di opere pubbliche nella parte in cui richiedeva per la cauzione polizza

assicurativa o fideiussione rilasciata da un intermediario finanziario, per contrasto con l'art. 30 della L. 109/1994. Tale norma, infatti, prevede che l'offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici sia corredata da una cauzione da presentare mediante fideiussione bancaria o polizza assicurativa, caratterizzate da precisi requisiti ivi individuati.

Il dato letterale della norma non sembra pertanto lasciare spazio per una interpretazione estensiva della stessa, attesa la volontà ivi manifestata dal legislatore di limitare la garanzia nel settore dei lavori pubblici alle sole fideiussioni bancarie o polizze assicurative, con esclusione di qualsiasi altra forma di fideiussione.

Detta impostazione è stata confermata in sede di adozione del regolamento di cui all'art. 3 della L. 109/1994, con il D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, in quanto l'art. 100, che nel testo originario prevedeva espressamente la possibilità di prestare la di fideiussione anche mediante polizze di società di intermediazione finanziaria, è stato in detta parte emendato, in quanto non ha superato il controllo della Corte dei Conti, disponendo allo stato che le garanzie in questione possano essere in alternativa costituite in contanti od in titoli di debito pubblico.

Nello stesso senso depone ora anche la legge finanziaria per l'anno 2001, (legge 23 dicembre 2000, n. 388) che all'art. 145, co.50, prevede ora espressamente detta possibilità.

Al riguardo si rileva che, da un lato, detta normativa, in quanto sopravvenuta ai fatti di causa (ed entrata in vigore il 1° gennaio 2001: cfr. art. 158, terzo comma L. cit.) non può trovare applicazione nel caso di specie, e, dall'altro, che la necessità di un intervento specifico del legislatore attesta ancor più quanto in precedenza dedotto in merito all'opposta soluzione cui era pervenuta la giurisprudenza alla luce della previgente normativa.

Per le considerazioni che precedono il ricorso principale risulta fondato e va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato (omissis)"

Ricordiamo che la questione era rimasta aperta dopo il rigetto da parte della Corte dei Conti al secondo comma dell'articolo 107 del Regolamento.

Art 107 (Requisiti dei fideiussori)

"1. Le garanzie bancarie sono prestate da istituti di credito o da banche autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385.

2. (Comma non ammesso al "Visto" della Corte di conti)

3. Le garanzie assicurative sono prestate da imprese di assicurazione autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'obbligo di assicurazione.

4. Le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dell'industria di concerto con il Ministro dei lavori pubblici."

Il comma non registrato prevedeva la possibilità che le fideiussioni venissero rilasciate anche da

intermediari finanziari autorizzati diversi da banche e assicurazioni.

Testo dell'articolo come proposto dal Ministero dei Lavori pubblici:

"Possono rilasciare garanzia fideiussoria in materia di lavori pubblici anche gli intermediari finanziari che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, a ciò autorizzati dal Ministero del Tesoro del Bilancio e della Programmazione economica, sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano Cambi, sulla base di criteri volti a stabilire requisiti soggettivi e patrimoniali adeguati."

Seconda osservazione

La prima parte dell'articolo è corretta nella dicitura "la Società, fino alla concorrenza dell'importo indicato si costituisce fideiussore del contraente per le somme che esso fosse tenuto a corrispondere al beneficiario in virtù delle obbligazioni contrattuali assunte con il contratto indicato nel frontespizio."

Essa infatti rispecchia abbastanza puntualmente quanto espresso anche nei contratti di assicurazione dove si legge che:

"Alle condizioni generali e particolari contenute nella polizza la compagnia, fino a concorrenza del capitale indicato e fino al momento della liberazione dell'impegno nei modi e termini stabili dalle vigenti leggi in materia, si costituisce fideiussore della ditta obbligata per le somme che essa fosse tenuta a corrispondere all'ente garantito in virtù degli obblighi ed oneri assunti con il contratto di appalto precisato nel frontespizio di polizza."

Terza osservazione

Proseguendo nella lettura dell'articolo, ci accorgiamo però che esso contiene qualcosa di diverso rispetto alla normale dicitura.

Rileggiamo la seguente frase .

"La garanzia ha la durata indicata nel frontespizio ma potrà di volta in volta essere concordemente prorogata fino al momento dell'approvazione del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, ma comunque non oltre due mesi dalla scadenza dei termini di cui al primo, secondo e terzo comma dell'articolo 5 della legge 10 dicembre 1981 n. 741" .

In pratica fanno diventare eccezione ciò che comunemente è regola!!

Incominciamo dal riferimento legislativo: per i contratti stipulati dopo il 28 luglio 2000 vige quanto contenuto nell'articolo 231 del D.p.r. .

D.p.r 554/99

TITOLO XV - DELEGIFICAZIONE E DISPOSIZIONI TRANSITORIE

Art. 231 (Abrogazione di norme)

1. Ai sensi dell'articolo 3, comma 4, della Legge, a far data dall'entrata in vigore del presente Regolamento sono abrogati:

(omissis)

r) gli articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, della legge 10 dicembre 1981, n. 741;

(omissis)

Normalmente nel frontespizio di polizza si indica, quasi "A SPANNE", la fine della garanzia: è prassi consolidata (e radicata da tempo) che i lavori non vengano quasi mai finiti nel termine previsto, quindi sia l'appaltatore che il committente ma ancor di più il garante, sanno già che i termini sono assolutamente indicativi; a tal fine infatti è accettato poter già segnalare l'importo delle proroghe che vanno calcolate sia su un'intera annualità che su frazione di essa (a scadenza trimestrale o semestrale).

In questo senso il testo sopra riportata presenta già una singolarità nel momento in cui, quasi tassativamente, fa coincidere la durata dell'atto fideiussorio con quello della scadenza dei lavori indicato nel frontespizio.

Come se non bastasse questo, leggendo attentamente quanto dopo riportato (quasi tra le righe) ci accorgiamo che qualcosa "stride" rispetto a quanto solitamente si legge nei contratti (quelli redatti con un po' più di attenzione ai precetti giuridici).

Scopriamo infatti che "La garanzia è limitata alle obbligazioni contrattuali (e ci sta bene) , con espressa esclusione dei debiti di valuta e delle penalità contrattuali (perchè???) , e al periodo di validità e di durata fissato nel frontespizio, trascorso il quale la presente fideiussione non avrà alcuna efficacia; quanto sopra anche per il caso in cui l'originale del presente atto non venga restituito dopo il termine del suddetto suo periodo di validità."

Questo significa

- LO SVINCOLO AUTOMATICO DELLE GARANZIE
- L'AUTONOMIA CONTRATTUALE DELL'ATTO FIDEIUSSORIO RISPETTO ALL'OBBLIGAZIONE PRINCIPALE

Ma soprattutto è fatto molto pesante per il Beneficiario

- RENDERE ININFLUENTE IL POTERE DI SVINCOLO DA PARTE DEL BENEFICIARIO DELLA GARANZIA
- VANEGGIARE (IL SUCCESSIVO ARTICOLO SUL) LA LIBERAZIONE DA PARTE DEL CONTRAENTE ALL'OBBLIGO DEI SUPPLEMENTI DI PREMIO

· POTER OPPORRE AL BENEFICIARIO IL MANCATO PAGAMENTO DEI PREMI IN ORDINE ALLA VALIDITA' DELLA GARANZIA

Tutte queste considerazioni sono in assoluto contrasto con quanto deciso in sede legislativa..

Art. 30 comma 2 della legge 109/94 s.m.i.

"2. L'esecutore dei lavori è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo degli stessi. (omissis). La garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio. (omissis)"

Art. 101 del D.p.r. 554/99 (Cauzione definitiva)

La cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. (omissis)

Il testo del medesimo articolo che si trova comunemente nei contratti assicurativi è leggermente diverso e prevede:

"Alle condizioni generali e particolari contenute nella polizza la Compagnia, fino a concorrenza del capitale indicato e fino al momento della liberazione dell'impegno nei modi e termini stabili dalle vigenti leggi in materia, si costituisce fideiussore della ditta obbligata per le somme che essa fosse tenuta a corrispondere all'ente garantito in virtù degli obblighi ed oneri assunti con il contratto di appalto precisato nel frontespizio di polizza".

C'è quindi un esplicito e ben chiaro riferimento alle modalità di svincolo contenute nelle leggi e non arbitrariamente decise dal redattore del contratto di garanzia!!!!!!!!!!!!!!

Tra l'altro, in questa ultima clausola, non si fa menzione ad un diniego di pagamenti di debiti di valuta o di penalità contenuta invece nell' articolo dell'atto fideiussorio.

PAGAMENTO DEL RISARCIMENTO

Riportiamo qui di seguito l'articolo contenuto nel contratto di fideiussione:

"Il risarcimento delle eventuali perdite subite dal Beneficiario a causa dell'inadempimento ad obbligazioni contrattuali a carico del contraente sarà effettuato dalla Società entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta scritta e documentata del Beneficiario, comprovante la effettiva e definitiva inadempienza del Contraente, sempre fatti salvi gli obblighi di legge, restando inteso che, ai sensi dell'articolo 1944 cod. civ. la Società non godrà del beneficio della preventiva escussione del Contraente.

Il pagamento avverrà dopo averne dato avviso, per l'assenso, al Contraente mediante lettera

raccomandata.

Sono comunque escluse le somme per interessi legali e rivalutazione.

In caso di fallimento del Contraente, la Società corrisponderà il dovuto entro trenta giorni dalla data del decreto"

Di questo articolo, si salva soltanto la rinuncia del garante al beneficio della preventiva escussione, perché tutto il resto contenuto in questa dicitura è ASSOLUTAMENTE fuori dalla norma della legge Merloni (ma anche dalla normale prassi assicurativa in materia di garanzia di contratto di appalto).

Vediamo di scoprire la fondatezza delle mie considerazioni.

Prima anomalia

L'articolo parla di "risarcimento delle perdite subite" senza che si sia delimitato il concetto di perdite. Normalmente nelle polizze si trova il testo che dichiara: che l'impegno della Compagnia è "fino a concorrenza del capitale indicato" senza grosse distinzioni fra danni e perdite.

Seconda anomalia

Leggiamo attentamente quali caratteristiche deve avere la richiesta di escussione del beneficiario:

"richiesta scritta e documentata del Beneficiario, comprovante la effettiva e definitiva inadempienza del Contraente"

E' facile per chi non ha nulla altro da fare che "spulciare" le condizioni di polizza, accorgersi che questo articolo non corrisponde a quanto previsto dalla legge: ma se mi devo mettere nei panni di un RUP (Responsabile Unico del Procedimento) che dall'apertura delle buste contenenti anche le polizze alla successiva seduta di commissione, ha cinque minuti di tempo per decidere, mi rendo conto che è un'impresa assolutamente ardua..

Per questo ribadisco che deve esistere anche un impegno "morale" dei garanti a non trarre in inganno chi le cauzioni le deve accettare.

La richiesta non solo :

NON è A SEMPLICE RICHIESTA ma

Deve altresì essere DOCUMENTATA e come se non bastasse

Deve contenere gli elementi a comprova della fondatezza del diritto della stazione appaltante ad ottenere l'escussione

Il tutto vanificando in maniera molto categorica quanto, da dottrina e giurisprudenza, affermato in tema di "pagamento a semplice richiesta" della stazione appaltante e non tenendo conto del comma 2 bis dell'articolo 30 della legge 109/9 s.m.i.

Articolo 30 della legge 109/94 s.m.i.

2-bis. La fidejussione bancaria o la polizza assicurativa di cui ai commi 1 e 2 dovrà prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la sua operatività entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. La fidejussione bancaria o polizza assicurativa relativa alla cauzione provvisoria dovrà avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta..

Da notare che questa disposizione di legge è in vigore dal dicembre 1998 e l'atto di fideiussione ha validità dal giugno 1999 (!).

La ratio di questa imposizione di legge alle clausole contrattuali di una polizza fideiussoria consiste nel privilegiare gli interessi del beneficiario (stazione appaltante), facilitando l'escussione della garanzia quasi fosse una cauzione data in altra forma (es. contanti) di cui ne avrebbe l'immediata disponibilità

Inoltre le diciture "a semplice richiesta scritta" o "senza eccezioni" o ancora "incondizionatamente" non permettono alla Compagnia di assicurazioni di esercitare un'eventuale azione di ripetizione verso il beneficiario nel caso in cui venisse successivamente accertata l'insussistenza dei presupposti per l'operatività delle garanzie.

E' interessante leggere quanto affermato dalla Pretura civile di Bologna con la sentenza numero 110 del 7 gennaio 1999:

"a3) La già descritta clausola del pagamento "a prima richiesta" è poi la più comune delle deroghe che le parti apportano alla disciplina legale delle fidejussione, una volta che viene stipulata una assicurazione fidejussoria. Tale clausola, stipulata con assoluta evidenza anche nel contratto di cui è causa, deroga al disposto di cui all'articolo 1945 c.c. ("il debitore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità").

Ritiene infatti la giurisprudenza, ed il Pretore non ha motivo di discostarsi da questa posizione, che la pattuizione in oggetto renda non invocabili da parte del fidejussore le eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale relativamente al rapporto sottostante (cfr. Cass. civ. 26/6/1990 n. 6499). Pertanto, il creditore ha la possibilità di realizzare il suo credito sui beni oggetto della garanzia mediante un atto unilaterale di richiesta scritta ed incameramento della cauzione, con effetti analoghi a quelli del deposito cauzionale (cfr. Cass. Civ. 4/4/1995 n. 3940), ferma ovviamente restando la possibilità di eventuale rivalsa nel caso di successivo accertamento definitivo dell'inesistenza del debito assolto (cfr. Cass. civ. 7/6/1991 n. 6496).

Tale posizione giurisprudenziale è facilmente comprensibile se si riflette sulla natura giuridica del contratto di fidejussione con clausola a prima richiesta, che si è detto avere la stessa funzione del deposito

cauzionale. Infatti, tale funzione di deposito cauzionale sarebbe irrimediabilmente frustrata e completamente stravolta se si consentisse al fidejussore di eccepire le eccezioni relative al rapporto principale, e la clausola "a prima richiesta" perderebbe in tal caso ogni significato e valenza.

Gli unici due casi in cui la giurisprudenza ritiene di superare il principio dell'inopponibilità al creditore delle eccezioni fidejussorie, e quindi di superare la funzione di deposito cauzionale svolta dal contratto, riguardano la fattispecie di eccezioni relative direttamente al contratto di fidejussione e quelle rientranti nella cosiddetta *exceptio doli*. Così, da un lato si ritengono ammissibili eccezioni tese a far valere l'invalidità del contratto di fidejussione (cfr. Cass. civ. 29/3/1996 n. 2909); dall'altro, lato, eccezioni tese a far emergere incontestabili e palesi violazioni del principio di buona fede o di abuso del diritto (cfr. Cass. Civ. 16/10/1989 n. 4006 e Cass. civ. 18/11/1992 n. 12341)".

Anche il giudice amministrativo ha già avuto modo di occuparsi del problema e in un caso specifico il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sez. II[^], con la sentenza numero 534 del 23 marzo 2001 si è così pronunciato in tema di mancata operatività della polizza:

"Delineata la portata del bando, l'assunto di diritto (posto a base sia del ricorso principale, sia del ricorso incidentale), circa la invalidità delle polizze fideiussorie, rispettivamente, della ***** Costruzioni S.r.l. e della ***** S.r.l., siccome prive della clausola della immediata operatività "entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante", appare fondato, posto che le polizze fideiussorie dalle stesse presentate (entrambe emesse dalla Agenzia di Gela della ****), hanno la seguente identica formulazione: "Art. 4 - Pagamento del risarcimento. Il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla società entro il termine massimo di 30 giorni dal ricevimento della richiesta scritta dell'Ente Garantito ..."; clausola, questa, che, all'evidenza - come ammette la stessa controinteressata (v. ric. incidentale pagg. 5 e 6) - non rispecchia la clausola imposta dal dettato legislativo e dal bando."

Terza anomalia

Ora il pagamento viene richiesto a 15 giorni (e non a 30) dalla richiesta "semplice" del beneficiario

Tralasciamo gli altri articoli contenuti nel contratto in quanto abbastanza conformi alla normalità, mentre assolutamente al di fuori di qualsiasi "buona fede" contrattuale risulta essere il successivo argomento

ESONERO DI RESPONSABILITA'

Si legge nell'ultimo articolo dell'atto fideiussorio:

"Il Contraente garantito dichiara di aver controllato che il presente atto fideiussorio è stato emesso in conformità a tutte le indicazioni e modalità da esso contraente garantito richieste, sollevando pertanto la Società da ogni eventuale responsabilità a riguardo.

In caso di controversie, inerenti l'interpretazione di norme riportate su eventuali allegati o nel frontespizio quali condizioni aggiuntive o integrative le presenti condizioni e norme prevarranno su dette norme.

La Società in luogo al pagamento delle eventuali perdite potrà a suo insindacabile giudizio sostituirsi al Contraente nell'esecuzione delle obbligazioni garantite.

La garanzia, qualora dovessero insorgere contestazioni fra il Contraente e il Beneficiario relativamente al rapporto garantito, si intende sospesa fino alla definitiva definizione della controversia.

Il Beneficiario, qualora intenda avvalersi del presente atto di fideiussione, accetta incondizionatamente e integralmente le presenti condizioni generali"

Con questo ultimo "capolavoro" la Società si esenta da qualsiasi futura ed eventuale imputazione di irregolarità del contratto rispetto alle prescrizioni di legge.

Non mi sembra che questo comportamento sia in linea con un'adeguata tutela del consumatore e tanto meno con la difesa degli interessi del contraente più debole che nel caso, come quello che ci occupa, di contratto per adesione, è senza ombra di dubbi, l'appaltatore.

Non solo, viene altresì predisposta la sospensione del contratto di fideiussione fino alla risoluzione definitiva delle controversie insorte fra i due contraenti dell'obbligazione principale, coperta con la garanzia.: questo a completo "dispetto" della funzione della cauzione!!!!!!

Risulta poi assolutamente arbitrario il fatto che la Società, in luogo al pagamento di quanto dovuto, a sua totale discrezionalità, può decidere di "sostituirsi al Contraente nell'esecuzione delle obbligazioni garantite" : questo significa precorrere il tempo e aver dato avvio alla prima garanzia di performance bond presente in Italia?????????????

Non creda il beneficiario di poter restare fuori da tutto questo "pasticcio": la Stazione appaltante infatti, anche se non lo sa, nel aver accettato questo contratto, si ritrova a non aver più alcun titolo per contestarne il contenuto. Si infatti impone, si badi bene, in un contratto con due contraenti, Debitore Principale (Appaltatore) e Garante (Fideiussore), al terzo beneficiario di accettare incondizionatamente e integralmente le condizioni generali dell'atto fideiussorio.

Attenzione inoltre agli allegati perché "in caso di controversie, inerenti l'interpretazione di norme riportate su eventuali allegati o nel frontespizio quali condizioni aggiuntive o integrative le presenti condizioni e norme prevarranno su dette norme".

Ma chi è a redigerle?????

Un'ultima, scoraggiata, osservazione:

Gli articoli su:

Delimitazione delle garanzie

Pagamento del risarcimento

Calcolo del corrispettivo fideiussorio - durata - supplementi

Rivalsa - surrogazione

Foro competente
Esonero responsabilità

Sono stati considerati, dal redattore del contratto, come clausole vessatorie e come tali sottoposte al regime della doppia firma da parte del contraente.(ex artt. 1341 e 1342 cod.civ)

In pratica gli unici articoli "liberi" da tale vincolo sono quelli relativi alla liberazione dall'obbligo di pagamento dei supplementi di premio, alle notizie sullo stato dei lavori, alla rivalsa delle spese di recupero e alle imposte e tasse.

Mi auguro che questo tipo di contratto risenta ancora della vecchia "filosofia" in materia di appalti e che d'ora in poi, anche con l'aiuto di qualche osservazione "asburgica", il Rup non si ritrovi a dover anche lottare contro la "palese" (o palesata?) sub-operatività di garanzie come questa: per non parlar poi dei problemi dell'appaltatore!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!

Sonia LAZZINI

<https://www.diritto.it/analisi-un-atto-fideiussione-copertura-degli-obblighi-contrattuali-garanzia-definitiva-mal-adatta-alle-prescrizioni-normative-del-combinato-disposto-dellarticolo-30-commi-2/>