

Titolo: **LE GARANZIE NEI CONTRATTI PUBBLICI.**

Sottotitolo: Cauzione, polizza fideiussoria e contratto autonomo di garanzia. Natura giuridica e funzione delle garanzie previste nel codice.

Autore: Stefano Saracchi

Pubblicazione tratta dal compendio “Diritto per Tecnici – nel Diritto Amministrativo” di Stefano Saracchi.

Nella lettura del codice¹ è possibile identificare una serie² di garanzie che l'operatore economico deve prestare a favore della stazione appaltante al fine di partecipare ad una selezione e conseguentemente eseguire un contratto pubblico. L'aspetto non è di poco conto se si concorda sul presupposto che l'obiettivo delle varie polizze è quello di assicurare il rispetto delle norme con riguardo sia alla realizzazione dell'opera³ sia a possibili inadempienze che possano pregiudicare l'incolumità e la sicurezza dei lavoratori o dei cittadini.

In particolare, la norma stabilisce⁴ che l'appaltatore, per la sottoscrizione del contratto, debba costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva"⁵ sotto forma, a sua scelta, di cauzione o fideiussione.

Per comprendere il tema in modo adeguato, è necessario rappresentare che la fideiussione è una garanzia personale prestata da un soggetto⁶ ad un creditore⁷ in favore di un debitore (detto contraente). Quindi, il fideiussore garantisce un'obbligazione altrui⁸ secondo un contratto di natura accessoria all'obbligazione principale. Nel contratto di fideiussione, in sostanza, il fideiussore è obbligato ad assolvere l'impegno del debitore principale in caso di sua inadempienza.

Al solo fine di chiarire i termini utilizzati, i contratti di garanzia possono essere sia reali sia personali: mentre tra i primi rientrano il pegno e l'ipoteca che, come noto, assicurano la ristorazione dell'inadempimento attribuendo al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito, tra i secondi rientrano le fideiussioni. Quest'ultimo è quindi la costituzione di un vincolo di solidarietà passiva tra garante e debitore nei confronti del creditore, il quale potrà rivolgersi indistintamente all'uno o all'altro, salvo diversa pattuizione delle parti. In realtà il codice civile ammette⁹ la possibilità di convenire il cd. *beneficio excussionis* e, dunque, consentire al creditore di rivolgersi al fideiussore solo dopo aver preventivamente ed infruttuosamente tentato di escutere il debitore.

Quindi la fideiussione è un contratto consensuale ad effetti obbligatori e bilaterale. Le parti del contratto sono, quindi, il fideiussore e il creditore. Non, come spesso si crede, il debitore garantito.

¹ D.Lgs. nr. 50 del 2016.

² un numero pari a 6 (sei).

³ ovvero del servizio o della fornitura.

⁴ cfr. articolo 103 del D.Lgs. nr. 50 del 2016.

⁵ prima garanzia (cd garanzia di esecuzione).

⁶ chiamato fideiussore.

⁷ il beneficiario.

⁸ cfr. articoli 1936 codice civile e seguenti.

⁹ cfr. articolo 1944, comma 2, del codice civile.

Chiarite quindi le distinzioni tra garanzie reali e personali è possibile introdurre il concetto di deposito cauzionale. La natura giuridica di quest'ultimo è evidentemente molto più affine a quella del pegno: infatti, oggetto dello stesso è un bene, in questo caso fungibile come il denaro, il quale viene depositato presso una sezione della tesoreria di Stato.

Nell'ordinamento giuridico italiano i primi cenni di cauzione nella contrattazione con lo Stato, possono rinvenirsi nel Regio Decreto nr. 827 del 1924 ovvero nel regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, tutt'ora in vigore. L'articolo 54, in particolare, impone che "Secondo la qualità e l'importanza dei contratti coloro che contraggono obbligazioni verso lo Stato debbono prestare reale e valida cauzione in numerario, od in titoli di Stato, o garantiti dello Stato, al valore di borsa. Può accettarsi una cauzione costituita da fideiussione. Sono ammessi a prestare fideiussione gli Istituti di credito di diritto pubblico e le Banche di interesse nazionale nonché le Aziende di credito ordinario (...) Nei contratti che si rinnovano periodicamente per lavori o provviste riguardanti un medesimo servizio, quando lo stesso fornitore cessante assume il nuovo contratto, si può dichiarare e tenere per valida la stessa cauzione vincolata per il contratto precedente, salvo quelle speciali garanzie che l'amministrazione contraente riconosce necessarie. Speciale cauzione deve essere richiesta ai contraenti ai quali siano fornite cose di pertinenza dello Stato."

Attenzione però, il fideiussore può opporre delle eccezioni all'adempimento quando gli è richiesto. Infatti, in tal senso, sempre il codice civile¹⁰, prevede che il fideiussore possa opporre, contro il creditore, tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità. Le eccezioni possono essere volte a paralizzare la pretesa creditoria sia per l'invalidità del rapporto sottostante, ad esempio perché nullo, sia per far valere che il fideiussore non è tenuto ad adempiere, ad esempio perché è pattuito il beneficio di escussione. In ragione di ciò il fideiussore ha l'onere di comunicare al debitore principale il suo prossimo pagamento per consentirgli, se intende farlo, di comunicargli le eccezioni che potrà sollevare. Inoltre, le parti possono attribuire al creditore il diritto a non vedersi opposte eccezioni se non dopo che ha ricevuto l'adempimento ovvero ad adempiere senza poter opporre alcuna eccezione, né prima né dopo il pagamento. Questo, configura un contratto atipico denominato contratto autonomo di garanzia.

Sotto l'aspetto meramente quantitativo, l'importo della garanzia deve essere pari al 10 per cento dell'importo contrattuale¹¹ e tale obbligazione è indicata negli atti e nei documenti a base di affidamento di lavori, servizi e forniture.

Viene inoltre indicato che la cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore. La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione. La stazione appaltante può richiedere al soggetto aggiudicatario la reintegrazione della garanzia ove questa sia venuta meno in tutto o in parte; in caso di inottemperanza, la reintegrazione si effettua a valere sui ratei di prezzo da corrispondere all'esecutore.

¹⁰ cfr. articolo 1945 del codice civile.

¹¹ al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione del contratto nei termini e nei modi programmati in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al dieci per cento la garanzia da costituire è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento. Ove il ribasso sia superiore al venti per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al venti per cento.

Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore e hanno il diritto di valersi della cauzione per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere o nei luoghi dove viene prestato il servizio nei casi di appalti di servizi. Le stazioni appaltanti possono inoltre incamerare la garanzia per provvedere al pagamento di quanto dovuto dal soggetto aggiudicatario per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto.

All'inizio del presente paragrafo si è fatto cenno al R.D. 827/1924 nel quale venivano identificati gli istituti autorizzati a rilasciare le garanzie. Ad oggi, le garanzie da dover presentare alle stazioni appaltanti possono essere rilasciate, così come previsto ai sensi del comma 3 dell'articolo 93 del D.Lgs. nr. 50 del 2016, da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, nr. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Con queste specifiche, di fatto, il legislatore ha identificato il cd contratto autonomo di garanzia.

Se, nel dettato normativo, si riporta testualmente la necessità di presentare una polizza fideiussoria alla stazione appaltante, in realtà ciò che il codice richiama è, appunto, il contratto autonomo di garanzia.

Per coglierne le differenze tra questi due distinti contratti è necessario partire da 3 elementi principali.

- Il contratto autonomo di garanzia è caratterizzato, rispetto alla fideiussione bancaria, dall'assenza della caratteristica dell'accessorietà rispetto al rapporto principale. Quindi, se nella fideiussione il rapporto è inevitabilmente "agganciato" rispetto all'obbligazione principale, nel contratto autonomo di garanzia ciò non avviene. In virtù di ciò, il garante si obbliga a soddisfare il creditore dalla mancata prestazione del garantito a prescindere dalla ragione.
- Una delle principali caratteristiche che connotano il contratto autonomo di garanzia differenziandolo dalla fattispecie della fideiussione bancaria è la non coincidenza tra la prestazione relativa al rapporto obbligatorio e l'obbligazione assunta col contratto di fideiussione. Sono quindi due prestazioni sostanzialmente diverse seppur apparentemente uguali.
- Un'altra importante differenza sta nella funzione che distingue la fideiussione bancaria dal contratto autonomo di garanzia: nel primo caso vi è funzione satisfattoria; nel secondo indennitaria ovvero mirata a garantire il creditore contro qualsiasi tipo di rischio di inadempimento da parte del debitore principale.

In questo senso autorevolissima giurisprudenza ¹² è riuscita a sintetizzare questi 3 punti in pochi e semplici arresti, identificando la vera natura della questione: “La causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, mentre con la fideiussione, come nelle obbligazioni solidali in genere, è tutelato l’interesse all’esatto adempimento della medesima prestazione principale. Ne deriva che, a differenza della fideiussione, l’obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all’obbligo primario di prestazione essendo qualitativamente diversa da quella garantita e non necessariamente sovrapponibile ad essa, in quanto non rivolta all’adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore. La diversa natura (quanto meno sul piano funzionale) della prestazione consente dunque di tenere distinta dall’obbligazione solidale l’obbligazione derivante dal contratto autonomo di garanzia, in cui il garante è tenuto ad una prestazione che, anche quando ha eguale contenuto, è autonoma rispetto a quella garantita, con i soli limiti derivanti dall’inesistenza del rapporto garantito, della nullità del contratto-base derivante da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa e della proponibilità della c.d. *exceptio doli generalis* (Cass. n. 3947/2010), configurandosi dunque non già un vincolo di solidarietà ma un (mero) collegamento negoziale ed un cumulo di prestazioni. Da ciò discende che al contratto autonomo di garanzia non è applicabile il regime sull’opponibilità delle eccezioni previsto dall’art. 1297 c.c., né la disciplina della prescrizione, quale stabilita in materia di fideiussione dall’art. 1957 c.c., comma 4, e dall’art. 1310 c.c., per le obbligazioni solidali in generale, con la conseguenza che l’atto con il quale il creditore ha interrotto la prescrizione contro il debitore non ha effetto nei confronti del garante autonomo”.

Compreso ciò la garanzia definitiva, che in questo caso rappresenta la garanzia prestata in corso di esecuzione, è progressivamente svincolata a misura dell’avanzamento dei lavori¹³, nel limite massimo dell’80 per cento dell’iniziale importo garantito. L’ammontare residuo della cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

Da ultimo, il pagamento della rata di saldo da parte della stazione appaltante è subordinato alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa¹⁴ pari all’importo della medesima rata di saldo maggiorato del tasso di interesse legale applicato per il periodo intercorrente tra la data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità nel caso di appalti di servizi o forniture e l’assunzione del carattere di definitività dei medesimi.

L’esecutore dei lavori è obbligato a costituire e consegnare alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una polizza di assicurazione¹⁵ che copra i danni subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell’esecuzione dei lavori. Nei documenti e negli atti a base di gara o di affidamento è stabilito l’importo della somma da assicurare che, di norma, corrisponde all’importo del contratto stesso qualora non sussistano motivate particolari circostanze che impongano un importo da assicurare superiore. La polizza deve assicurare la stazione appaltante contro la

¹² Cassazione Civile, sez. I, sent. n. 32402 dell’11/12/2019.

¹³ ovvero dei servizi o delle forniture.

¹⁴ seconda garanzia (cd garanzia finale).

¹⁵ terza garanzia (cd garanzia RCA).

responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori il cui massimale è pari al cinque per cento della somma assicurata per le opere con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori e cessa 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. Qualora sia previsto un periodo di garanzia, la polizza assicurativa è sostituita da una polizza¹⁶ che tenga indenni le stazioni appaltanti da tutti i rischi connessi all'utilizzo delle lavorazioni in garanzia o agli interventi per la loro eventuale sostituzione o rifacimento. L'omesso o il ritardato pagamento delle somme dovute a titolo di premio o di commissione da parte dell'esecutore non comporta l'inefficacia della garanzia nei confronti della stazione appaltante.

Per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 35, il titolare del contratto per la liquidazione della rata di saldo è obbligato a stipulare, con decorrenza dalla 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, una polizza¹⁷ indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi. La polizza deve contenere la previsione del pagamento dell'indennizzo contrattualmente dovuto in favore del committente non appena questi lo richieda, anche in pendenza dell'accertamento della responsabilità e senza che occorran consensi ed autorizzazioni di qualunque specie. Il limite di indennizzo della polizza decennale non deve essere inferiore al venti per cento del valore dell'opera realizzata e non superiore al 40 per cento, nel rispetto del principio di proporzionalità avuto riguardo alla natura dell'opera. L'esecutore dei lavori è altresì obbligato a stipulare, per i lavori di cui al presente comma una polizza¹⁸ di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e per la durata di dieci anni e con un indennizzo pari al 5 per cento del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro.

Elencate quindi tutte le polizze che devono essere presentate, di norma, per l'esecuzione dell'opera, è necessario soffermarsi sulle garanzie che invece devono essere presentate per la partecipazione alla procedura di selezione del contraente.

In senso generale, l'offerta economica presentate in sede di gara dall'operatore, è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria"¹⁹ pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sempre a scelta dell'offerente, sotto forma di cauzione o di fideiussione. Al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1 per cento ovvero incrementarlo sino al 4 per cento. La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta²⁰.

¹⁶ quarta garanzia (cd garanzia di vita utile).

¹⁷ seconda garanzia per opere di rilevante impatto economico in sostituzione di quella di finale (cd garanzia maxi-finale).

¹⁸ quarta garanzia per opere di rilevante impatto economico in sostituzione di quella di vita utile (cd garanzia di maxi vita utile).

¹⁹ quinta garanzia (cd garanzia di presentazione).

²⁰ 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, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione. L'importo della garanzia, e del

L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno²¹ di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario.

È di tutta evidenza che le garanzie prestate in sede di offerta, hanno la funzione di coprire, la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159.

Le norme qui illustrate, sotto l'aspetto giuridico, in maniera chiara, esplicitano le cause di escussione delle polizze fideiussorie (in realtà dei contratti autonomi di garanzia) o di incameramento delle cauzioni. In tal senso risulta quindi interessante interrogarsi sulla natura giuridica delle polizze provvisorie e definitive e sulla loro essenziale funzione.

Si è visto che, mentre per quanto alla polizza definitiva, le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per:

- l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi o forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore;
- provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere o nei luoghi dove viene prestato il servizio nei casi di appalti di servizi;
- provvedere al pagamento di quanto dovuto dal soggetto aggiudicatario per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei

suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50 per cento 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 ISO9000. Si applica la riduzione del 50 per cento, non cumulabile con quella di cui al primo periodo, anche nei confronti delle microimprese, piccole e medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto inoltre del 30 per cento, anche cumulabile con le altre riduzioni, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, o del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI ENISO14001. Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, anche cumulabile con la riduzione di cui ai periodi che precedono, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009. Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento, anche ulteriormente cumulabile, per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui ai periodi precedenti, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità e rating di impresa o della attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001 o di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici e per gli operatori economici in possesso della certificazione ISO 27001 riguardante il sistema di gestione della sicurezza delle informazioni. In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente.

²¹ sesta garanzia (cd garanzia a promessa).

regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto,

per quanto alla polizza provvisoria la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario.

Ciò fa affiorare la ratio delle due diverse polizze che vanno a coprire segmenti diversi non solo in termini temporali ma anche funzionali: quella definitiva assicura l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e dell'eventuale risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse. Quella provvisoria invece ha una funzione latamente sanzionatoria utile a responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese in sede di gara e di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

In ragione di ciò sembra quasi ammettere il codice dei contratti pubblici che durante l'esecuzione dell'appalto la garanzia vada a coprire i possibili danni mentre durante la selezione del contraente vada a sanzionare le possibili inadempienze.

Per meglio comprendere le sfumature dell'approfondimento, si pensi per un istante a quegli istituti previsti dal codice civile della caparra confirmatoria²² e della clausola penale²³: nel primo dei due casi è previsto, ex ante, che una parte consegnial'altra una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili e, in caso di inadempimento, la stessa venga ritenuta. Nella clausola penale invece, ex post, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto ad assicurare una determinata prestazione che normalmente è la consegna della medesima somma di danaro.

Riquilificata la garanzia provvisoria prevista nel codice dei contratti pubblici secondo questa visione civilistica è possibile trovare diverse affinità.

Particolarmente interessante è prendere visione dell'evoluzione della norma in prosecuzione di tempo. All'atto della sua emanazione il comma 6 dell'articolo 93 del codice recitava: "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave (...)."; ad oggi "La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario (...)". Il passaggio, permette di comprendere come il legislatore abbia voluto liberare in modo inequivocabile, l'applicazione della garanzia da ogni possibile elemento soggettivo. A nulla interessa, sotto il profilo giuridico, il perché della mancata sottoscrizione del contratto ma ciò che rileva è la sola oggettività del fatto.

Secondo questo sviluppo logico-giuridico risulta interessante sapere che solo recentemente il Consiglio di Stato²⁴, in ragione dell'assenza nella disposizione in parola di ogni addebito di colpevolezza, ha posto all'attenzione dell'Adunanza plenaria il seguente quesito di diritto:

“se l'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 possa (recte, debba) trovare applicazione non solo nei confronti del soggetto cui sia già stata definitivamente aggiudicata la gara, ma anche nei confronti del soggetto che la commissione giudicatrice, dopo le valutazioni di spettanza, abbia proposto per l'aggiudicazione”.

²² cfr. articolo 1385 del codice civile.

²³ cfr. articolo 1382 del codice civile.

²⁴ Consiglio di Stato, sez. IV, 04.01.2022 n. 26 (non definitiva al momento dello scritto)

Il quesito viene posto all'attenzione dell'Adunanza plenaria perché il Collegio osserva “che la natura sanzionatoria del provvedimento di escussione della cauzione non è unanimemente sostenuta nella giurisprudenza amministrativa.

39.1. In senso (almeno) parzialmente contrario si richiama la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 34 del 2014, riferita al previgente d.lgs. n. 163 del 2006, in cui, con riferimento alla questione della “legittimità della clausola, contenuta in atti di indizione di procedure di affidamento di appalti pubblici, che preveda l'escussione della cauzione provvisoria anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatrici, ma solo concorrenti, in caso di riscontrata assenza del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del codice dei contratti pubblici”, si legge che:

- “la cauzione provvisoria assolve la funzione di garanzia del mantenimento dell'offerta in un duplice senso, giacché, per un verso, essa presidia la serietà dell'offerta e il mantenimento di questa da parte di tutti partecipanti alla gara fino al momento dell'aggiudicazione; per altro verso, essa garantisce la stipula del contratto da parte della offerente che risulti, all'esito della procedura, aggiudicataria”;

- pertanto, “in questo senso l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 8 del 2005, ha affermato che la cauzione provvisoria, oltre ad indennizzare la stazione appaltante dall'eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario (funzione indennitaria), svolge (può svolgere) altresì una funzione sanzionatoria verso altri possibili inadempimenti contrattuali dei concorrenti”;

- l'istituto della cauzione provvisoria, tuttavia, “si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica”, ne presidia “l'obbligo di diligenza” e, “ferma restando la generale distinzione fra l'istituto della clausola penale (1383 c.c.) avente funzione di liquidazione anticipata del danno da inadempimento e della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.) avente la funzione di dimostrare la serietà dell'intento di stipulare il contratto sin dal momento delle trattative o del perfezionamento dello stesso”, va ricondotto alla caparra confirmatoria, “sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno”;

- l'istituto in esame consiste, dunque, in “una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati”;

- non assumono rilievo, pertanto, né il principio di tassatività né quello di legalità, giacché quest'ultimo riguarda le “sanzioni in senso proprio” e non già “le misure di indole patrimoniale liberamente contenute negli atti di indizione, accettate dai concorrenti, non irragionevoli né illogiche, rispondenti all'autonomia patrimoniale delle parti, non contrarie a norme imperative e anzi agganciate alla ratio rinvenibile nelle disposizioni del codice”, mentre il primo è “riferibile alle sole cause di esclusione dalla gara e non già ad altre misure di tipo patrimoniale contenute in clausole degli atti di indizione e riferibili a doveri di correttezza contrattuale”.

(...)

39.3. Del resto, aggiunge il Collegio, anche in dottrina si dubita della natura sanzionatoria dell'istituto (che, peraltro, imporrebbe di riconoscerne la prescrittibilità quinquennale - cfr. art. 28 l. n. 689 del 1981).

39.4. Non può non evidenziarsi, inoltre, che:

- è revocabile in dubbio che la funzione sanzionatoria di una misura, tanto più se indiretta, ne attesti ex se la natura giuridica propriamente sanzionatoria;
- un istituto o ha natura sanzionatoria o non la ha, non contemplandosi casi di istituti con natura sanzionatoria “seppure non in senso proprio”, alla luce del principio di tassatività e legalità espressamente posto a fondamento del diritto amministrativo sanzionatorio (cfr. art. 1 l. n. 689 del 1981; art. 3 d.lgs. n. 472 del 1997).”.