



UNIVERSITÀ TELEMATICA

Facoltà di Economia

Corso di laurea in

Scienze Politiche e relazioni internazionali

Prova Finale

**IL SISTEMA DELLE GARANZIE NELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA, TRA
CAUZIONE PRELIMINARE, PERFORMANCE BOND E GARANZIA DI CORRETTA
ESECUZIONE**

RELATORE:

Chiar.mo Prof. Luca Longhi

CO RELATORE

Chiar.mo Prof. Biagio Giliberti

CANDIDATO

Alessandro di Virgilio

Matr. 0362000411

2022/23

IL SISTEMA DELLE GARANZIE NELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA, TRA CAUZIONE PRELIMINARE, PERFORMANCE BOND E GARANZIA DI CORRETTA ESECUZIONE

PREMESSA..... P. [4]

CAPITOLO I – NATURA E REGIME GIURIDICO DELLE GARANZIE PREVISTE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. IL SISTEMA DELLE GARANZIE AI SENSI DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.....P. [8]

2. NATURA GIURIDICA E FUNZIONE DELLE GARANZIE RICHIESTE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI..... P. [9]

3. GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA..... P. [13]

4. LE GARANZIE DEFINITIVE.....P. [19]

5. REGIME GIURIDICO DELLE GARANZIE DEFINITIVE - PECULIARITÀ..... P. [22]

I.5.1 RINUNCIA AL BENEFICIO DELLA PREVENTIVA ESCUSSIONE DEL DEBITORE PRINCIPALE.....

I.5.2. RINUNCIA ALL'ECCEZIONE DI CUI ALL'ARTICOLO 1957, SECONDO COMMA, DEL CODICE CIVILE.....

I.5.3. OPERATIVITÀ DELLA GARANZIA MEDESIMA ENTRO QUINDICI GIORNI, A SEMPLICE RICHIESTA SCRITTA DELLA STAZIONE APPALTANTE.....

6. LO SCHEMA TIPO DELL'ART. 103, COMMA 9 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.....P. [24]

I.6.1 SCHEMA TIPO GARANZIA PROVVISORIA.....

I.6.2 SCHEMA TIPO GARANZIA DEFINITIVA.....

I.6.3 SCHEMA TIPO GARANZIA DI BUON ADEMPIMENTO.....

CAPITOLO II – PARTICOLARI STRUMENTI DI GARANZIA

1 L'ANTICIPAZIONE CONTRATTUALE..... P. [31]

2 GARANZIE PER L'ESECUZIONE DI LAVORI DI PARTICOLARE VALORE.....

2.1. GARANZIA DI BUON ADEMPIMENTO.....

2.2. GARANZIA PER LA RISOLUZIONE.....

3. POLIZZA DI ASSICURAZIONE DANNI NEL CORSO DELL'ESECUZIONE DEI LAVORI.....

- 4. POLIZZA INDENNITARIA DECENNALE.....
- 5. ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER DANNI CAGIONATI A TERZI.....
- 6. LE GARANZIE DELLE SOCIETÀ DI PROGETTAZIONE.....
- 7. CESSIONE DI IMMOBILI IN CAMBIO DI OPERE.....

CAPITOLO III – IL REGIME DELLE GARANZIE TRA REGOLAMENTAZIONE DELL’ANAC E PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI

- 1. L’ANAC IN MATERIA DI GARANZIE SUL CALCOLO DELL’IMPORTO DELLA GARANZIA..... **P. [38]**
- 2. ANAC - SULLA PROPORZIONALITÀ DELLA GARANZIA.....
- 3. ANAC - APPALTI SOTTOSOGGLIA – CHIARIMENTI.....
- 4. LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI GARANZIE - GARANZIA PROVVISORIA: AMMISSIBILITÀ’ E LIMITI DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.
- 5. LA GIURISPRUDENZA SULLA GARANZIA DEFINITIVA – INCAMERAMENTO E GIURISDIZIONE - ANTIMAFIA.
- 6. LA GIURISPRUDENZA SULLA GARANZIA DEFINITIVA – LA CAUZIONE DEFINITIVA QUALE CLAUSOLA IMMEDIATAMENTE ESCLUDENTE.
- 7. VALIDITÀ TEMPORALE DELLA GARANZIA.
- 8. TERMINE PER LA PRESENTAZIONE DELLA CAUZIONE DEFINITIVA E RELATIVE CONSEGUENZE.

CONCLUSIONI..... P. [44]

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

P. [45]

PREMESSA

L'esperienza professionale – da anni opero nel settore delle garanzie a corredo di contratti pubblici – mi ha indotto a richiedere al Prof. Luca Longhi, che mi ha seguito in questo percorso assieme al Prof. Biagio Giliberti, di poter dedicare l'elaborato finale del mio piano di studi al sistema delle garanzie nella contrattualistica pubblica.

L'esigenza di un simile impegno mi proveniva dalla necessità che avvertivo di “rimettere in ordine”, in un quadro aggiornato di normativa, giurisprudenza e regolazione, una serie di cognizioni ed esperienze maturate nel corso della mia attività professionale. Operando in un contesto ad elevata regolamentazione e soggetto al controllo dell'IVASS (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni – che ha natura di amministrativa indipendente), l'aggiornamento professionale e la responsabilità operativa sono ovviamente presupposti fondamentali, oggetto come tali di cura quotidiana. Non è stata, dunque, questa l'esigenza specifica che mi ha indotto a desiderare di potermi cimentare con il tema delle garanzie a corredo del sistema dei contratti pubblici; piuttosto, avvertivo la necessità di cogliere, attraverso la risistemazione di concetti operativi, le linee di fondo, i principi che regolano la materia, onde poter maturare maggior consapevolezza circa le ragioni sottese a determinati assetti normativi o regolatori. Come ebbe a chiarirmi il Prof. Longhi, fin dal nostro primo colloquio, infatti, vi è una matrice costituzionale e di diritto dell'Unione Europea sottesa al regime delle garanzie nel settore dei contratti pubblici.

Un dato apparentemente solo descrittivo (di recente posto in luce dall'ANRA - Associazione Nazionale dei Risk Manager e Responsabili Assicurazioni Aziendali, nella comunicazione del 7 maggio 2021) già fornisce indicazioni in tal senso: *“il settore degli appalti pubblici è tra i più variegati; si spazia dalle grandi opere infrastrutturali (che in taluni casi prevedono un'ulteriore tipologia di garanzia come la c.d. “garanzia per la risoluzione” ex art. 104, comma 4 del Codice degli Appalti) al project financing; dai contratti con le centrali per gli acquisti di beni e servizi delle Pubbliche Amministrazioni (come Consip) al filone della sanità (che comprende anche le forniture di farmaci ai vari enti competenti) e quello relativo alle implementazioni IT delle Pubbliche Amministrazioni (riferite ad investimenti in infrastrutture tecnologiche o a forniture di beni e servizi)”*.

Queste poche battute ci offrono la misura di quanto importante – per le ragioni che si diranno a breve – sia il settore di interesse per la realizzazione di obiettivi fondamentali di interesse generale (si pensi, per aggiungere altri esempi a quelli citati dall'ANRA, alla necessità di supportare l'azione pubblica per la costruzione di una scuola tramite un corredo di garanzie per la competente amministrazione che sia efficace in termini di azionabilità e, dunque, prima di tutto veritiero).

L'importanza del settore, posta in luce dell'ANRA, si avvalora peraltro anche degli studi dell'ANIA in tema di premi contabilizzati dal ramo cauzione per l'anno 2021 quanto segue.

Raggruppamenti Tipologie di rischio	Premi lordi contabilizzati
(1)	(2)
Agea - Regolamenti CEE	8.921.521
Appalti	163.503.506
- di cui "polizze provvisorie per partecipazione a gare d'appalto"	9.067.573
- di cui "polizze definitive a garanzia dei contratti per pubblici appalti"	123.186.090
- di cui "garanzie di contratto per appalti esteri"	1.088.596
- di cui "altre garanzie di contratto"	29.718.619
Assimilate agli appalti	58.455.247
- di cui "polizze fidejussorie ex lege 210/04"	17.915.463
- di cui "polizze per concessioni edilizie"	29.328.753
- di cui "altre garanzie assimilate agli appalti"	11.211.033
Contributi	11.847.968
Doganali	14.253.423
Garanzie di pagamento	13.614.981
Gestione rifiuti	20.559.932
- di cui "transfrontalieri"	5.360.912
Rimborso di imposte	11.888.631
- di cui "rimborsi IVA e altre imposte"	11.420.389
- di cui "rateazioni di imposte/contributi previdenziali"	99.685
- di cui "ricorso IVA e similari"	372.519
Altre garanzie	20.040.789
Totale complessivo	323.086.000

Interessante anche, ai fini che si vogliono illustrare, il raffronto con il 2020 che registra la seguente evoluzione.

Raggruppamenti Tipologie di rischio	Premi lordi contabilizzati VAR. %
--	--

(1)	(2)
Agea - Regolamenti CEE	72,8%
Appalti	26,5%
- di cui "polizze provvisorie per partecipazione a gare d'appalto"	-33,2%
- di cui "polizze definitive a garanzia dei contratti per pubblici appalti"	30,0%
- di cui "garanzie di contratto per appalti esteri"	41,9%
- di cui "altre garanzie di contratto"	47,3%
Assimilate agli appalti	30,3%
- di cui "polizze fidejussorie ex lege 210/04"	59,1%
- di cui "polizze per concessioni edilizie"	14,4%
- di cui "altre garanzie assimilate agli appalti"	40,9%
Contributi	2,2%
Doganali	8,8%
Garanzie di pagamento	19,0%
Gestione rifiuti	25,9%
- di cui "transfrontalieri"	28,7%
Rimborso di imposte	3,8%
- di cui "rimborsi IVA e altre imposte"	4,3%
- di cui "rateazioni di imposte/contributi previdenziali"	96,0%
- di cui "ricorso IVA e similari"	-12,3%
Altre garanzie	-5,8%
Totale complessivo	22,1%

Figura 1 Dati sviluppati da ANIA

Questi dati, peraltro, risultano ancor più emblematici e significativi, considerando che la richiesta di garanzie fidejussorie generata dagli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, in base alle più recenti statistiche pubblicate dall'ANIA, risulta assestata attorno a poco meno del 50% del totale dei premi contabilizzati nel c.d. Ramo Cauzioni.

Questi dati, se correttamente interpretati, assumono un significato peculiare perché testimoniano come l'esistenza e un adeguato "stato di salute" del mercato delle garanzie a servizio delle gare pubbliche sia centrale per il funzionamento delle pubbliche amministrazioni nel loro sforzo verso il raggiungimento di obiettivi di pubblico interesse; al tempo stesso, la competitività delle imprese nel mercato delle gare pubbliche dipende dalla possibilità di accedere al sistema delle garanzie in modo agevole e sicuro.

Non può essere sottaciuto che un simile assetto virtuoso non sia ancora realtà e che anzi il mercato presenti situazioni di affanno e di rischio di stabilità; per un verso, indotte dalla operatività di

compagnie transfrontaliere con atteggiamento speculativo, sovente tollerato dalle rispettive autorità di regolazione; per altro, da un generale indebolimento economico-finanziario degli operatori economici nazionali presenti nel settore degli appalti pubblici, con conseguente maggiore difficoltà di accesso al mercato delle garanzie e, in alcuni casi, in pensione a soluzioni discutibili.

Queste considerazioni, invero, riguardano in prima battuta la politica del diritto, ovverosia la rivisitazione delle attuali regole in carica di nuovi assetti. Un aspetto in ogni caso fondamentale, se si considera che il c.d. Ramo Cauzioni a corredo di contratti pubblici è destinato a svolgere un ruolo fondamentale nel processo di realizzazione degli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR.

Al di là di ciò, è fondamentale rimarcare che un sistema di garanzie di mercato solido, efficace e messo nelle condizioni di operare in un regime di certezza del diritto inverte anzitutto i principi dell'Unione Europea in materia di libera concorrenza e di libertà di stabilimento e prestazione di servizi nel mercato comune (ritorna, però, in questa prospettiva il tema della omogeneità delle regole interne al mercato comune, onde evitare che, malcelati dalla forza dei principi europei, legislazioni nazionali più permissive legittimino forme di *dumping* in danno della stabilità delle commesse pubbliche di altre nazioni europee, con tutto ciò che ne consegue anche in termini di competitività tra imprese).

Al tempo stesso, non possono non venire in rilievo diverse norme della Costituzione Repubblicana, il cui invero dipende da una legislazione e regolamentazione settoriale ancora una volta chiara, solida e certa in diritto.

E' evidente, infatti, che l'art. 97 Cost. in materia di buon andamento delle pubbliche amministrazioni è tributario della predetta qualità del settore assicurativo, proprio perché il perseguimento degli obiettivi di interesse collettivo è da questo garantito contro la deflagrazione di momenti patologici. In questa prospettiva, si apprezza anche la dimensione erariale, ovverosia la protezione del bilancio pubblico (unitariamente considerato), avverso il rischio per la stazione appaltante di turno di non poter più recuperare dal contraente della polizza, incorso in inadempimenti nel rapporto con il beneficiario pubblico, le somme corrispondenti, almeno in parte, al danno patito.

Inoltre, per la Costituzione – art. 41 – *“l’iniziativa economica privata è libera”* ma *“non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, tant'è che è riconosciuta alla legge la facoltà di determinare “i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*.

In relazione all'art. 41 Cost. pare possibile la seguente considerazione: affinché il mercato dei contratti pubblici possa dispiegare tutte le proprie potenzialità è – anche – necessario il supporto di un quadro normativo e regolatorio virtuoso in materia di cauzioni, onde svolgersi in coerenza con *“l'utilità sociale”*.

In queste disposizioni, si apprezzano dunque la dimensione costituzionale e di diritto dell'Unione del ramo cauzioni nel settore dei contratti pubblici.

Alla luce di questo inquadramento generale, si vogliono chiarire alcuni aspetti relativi all'impianto presentato nell'indice. L'intento è quello di ripercorrere il quadro normativo, alla ricerca della natura giuridica e delle dinamiche di funzionamento dei singoli tipi di garanzie in rapporto con gli obiettivi di sicurezza cui sono preposte (CAPITOLO I); il CAPITOLO II segue lo stesso schema del

primo ma entra nel dettaglio di alcune figure specifiche. Il CAPITOLO III, infine, è dedicato all'analisi – che si proverà a rendere il più dettagliata possibile – della copiosa giurisprudenza in materia e dei principali pronunciamenti nel settore da parte della Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC.

CAPITOLO I – NATURA E REGIME GIURIDICO DELLE GARANZIE PREVISTE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

1. IL SISTEMA DELLE GARANZIE AI SENSI DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Nell'ambito del vigente Codice dei Contratti Pubblici (introdotto dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) particolare attenzione è dedicata al sistema delle garanzie in favore delle stazioni appaltanti. In premessa, si sono illustrate le ragioni di siffatta importanza; occorre ora avviare un percorso di analisi delle singole figure di garanzia, ripercorrendone la natura giuridica e il relativo regime. Prima di farlo partitamente, mette conto segnalare – in termini di prima approssimazione – che l'obiettivo complessivo delle garanzie del Codice dei Contratti Pubblici è quello di assicurare alla stazioneappaltante di turno la possibilità di ottenere, al meno in parte, ristoro contro danni patiti da concorrenti in gara o singoli contraenti, senza indugio ed anzi con la massima celerità. E' per questa ragione – come si vedrà – che uno tra gli strumenti fondamentali posti a garanzia della stazioneappaltante è costituito dalla c.d. garanzia definitiva (anche detta *performance bond*) che ha connotazioni di escussione a prima richiesta con rinuncia al regime tipico delle fidejussioni di cui al codice civile.

Si tratta in termini generali di un sistema di tutele riconducibile basilarmente all'istituto della fidejussione, regolato dal codice civile, a partire dall'articolo 1936; esso contempla la presenza di tre soggetti: il contraente, ossia chi stipula un contratto con la stazioneappaltante; il fideiussore (nel lessico comune, quando si parla di compagnie di assicurazione, l'assicurazione), che assume l'obbligazione di garanzia in favore della stazioneappaltante contro inadempimenti del contraente; il beneficiario, ovverosia, per quanto di interesse, la stazioneappaltante, garantita proprio dal contratto di fideiussione tra fideiussore e contraente. Si avrà modo di illustrare nel dettaglio che questo schema di base non è intaccato dal Codice dei Contratti Pubblici, cionondimeno – come accennato innanzi – diverse sono le deroghe che il legislatore ha apportato al modello civilistico della fidejussione nel contesto della contrattualistica pubblica, al fine di esaudire specifici desiderata in nome dell'efficienza e della sicurezza dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

In questo scenario di riferimento, necessariamente rinviando a quanto illustrato nel seguito, si segnala - seguendo l'ideale svolgimento di una procedura di evidenza pubblica – che l'operatore economico che si candida a diventare contraente di lavori, servizi e forniture di una stazioneappaltante, oltre a dover dimostrare di possedere i requisiti di idoneità professionale, tecnici ed economico-finanziari, è anche tenuto a presentare una cauzione, anche nelle forme di una fideiussione bancaria o assicurativa.

Questa cauzione è detta provvisoria che ha per scopo quello di tutelare la stazioneappaltante circa l'affidabilità del concorrente e della sua offerta, fino alla copertura del rischio connesso all'impegno del concorrente, in caso di vittoria, di sottoscrivere il contratto pubblico e a rilasciare una seconda garanzia, detta "definitiva".

La garanzia definitiva, di contro, tutela l'ente appaltante circa il rispetto delle obbligazioni contrattuali – per questa ragione, nel lessico in uso nel settore è anche detta, come accennato innanzi *performance bond*.

Questo tipo di garanzie può essere rilasciato unicamente da soggetti qualificati. Lo stabilisce l'art. 93, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici che individua gli operatori abilitati nelle compagnie assicurative, negli istituti di credito e negli intermediari finanziari iscritti all'albo secondo l'art. 106 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico bancario (TUB).

A fianco alla garanzia provvisoria e a quella definitiva, il Codice dei Contratti Pubblici prevede altre forme di garanzia. Viene in rilievo *in primis* il caso in cui l'impresa chieda un'anticipazione del prezzo di appalto o intenda riscuotere il pagamento del saldo.

Gli operatori economici contraenti di stazioni appaltanti, infatti, possono richiedere – alle condizioni che si osserveranno – un'anticipazione del prezzo del 30% calcolato sul valore del contratto di appalto.

Relativamente all'incasso del saldo, il Codice dei Contratti Pubblici prevede la costituzione di una cauzione (che può essere costituita da una polizza fideiussoria) pari all'importo del saldo con le maggiorazioni relative agli interessi legali. La finalità è garantire l'eventuale ripristino di difetti esecutivi, manifestatisi nel periodo immediatamente successivo al pagamento e dovuti all'insorgenza di fattori che non potevano essere rilevati in fase di collaudo.

Questi due ultimi tipi di garanzie verranno illustrati nel secondo capitolo, allorché ci si dedicherà anche al sistema delle polizze a) di assicurazione danni nel corso dell'esecuzione dei lavori, b) indennitaria decennale, c) responsabilità civile per danni cagionati a terzi e alle altre figure analiticamente indicate.

Alla luce di questo inquadramento generale, pare possibile passare a trattare di ciascuna forma di garanzia.

2. NATURA GIURIDICA E FUNZIONE DELLE GARANZIE RICHIESTE DAL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.

Prima di passare in rassegna le singole figure, mette conto svolgere qualche riflessione circa la natura (e la funzione) giuridica da ascrivere alla garanzia provvisoria e a quella definitiva.

Si segnala, allora, che non è mancata in dottrina una prima elaborazione secondo cui questo tipo di garanzie avrebbe funzione di clausola penale, stante la finalità di predeterminare in via preventiva la quantificazione dei danni.

A questa ricostruzione, tuttavia, è stata contrapposta la tesi - che ha suscitato maggiori proseliti - propensa a qualificare come vere e proprie fidejussioni ambedue gli istituti, sia pur oggetto di un regime speciale e derogatorio rispetto al codice civile in funzione degli interessi pubblici sottesi. Queste peculiarità, invero, sono così marcate da aver spinto parte della dottrina a considerare i due istituti avvinti da una onnipervasiva dimensione pubblicistica, che qualificerebbe in termini di potere pubblico eventuali escussioni e la titolarità di un interesse in capo al contraente escusso, fino a configurare la giurisdizione amministrativa per i reclami avversi escussioni illegittime ¹. Questa

¹ Cfr. P. ALGIERI – F. FEDERICI, Le garanzie negli appalti pubblici, in <http://www.ildirittoamministrativo.it>: “In generale a parere di chi scrive occorre dubitare che la ricostruzione della natura della garanzie nel campo degli appalti

posizione non trova conforme l’Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, almeno stando alla Deliberazione n. 85 dell’Adunanza del 10 ottobre 2012: *“Resta fermo che nel caso di specie, si tratta di valutare, reciproche contestazioni di inadempimento degli obblighi contrattuali e la sussistenza dei presupposti per l’escussione della cauzione da parte della stazioneappaltante, addentrandosi su questioni inerenti la gestione paritetica del rapporto tra le parti sottoposte alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale questa Autorità non può sostituirsi”*².

Invero dall’esame della giurisprudenza pare emergere un distinguo tra cauzione definitiva e provvisoria, fermo restando che si versa comunque in un contesto dominato dalla relazione paritetica e non autoritativa tra le parti.

Si legge, infatti, in giurisprudenza che: *“La controversia afferente all’escussione della garanzia per la mancata stipulazione del contratto rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 133, lett. e), n.1, C.p.a., poiché è atto della stazioneappaltante inerente all’aggiudicazione dell’appalto, che rientra nella fase procedimentale ad evidenza pubblica di scelta del contraente (cfr. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2007, n. 4424)”* (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n.1695). La posizione riprende un intendimento già rinvenibile in T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 10 febbraio 2015, n. 404: *“In tema di appalti pubblici, a fronte della costante riconduzione delle controversie relative alla escussione della garanzia definitiva alla giurisdizione del G.O., in ordine alla impugnazione dell’atto di escussione della garanzia provvisoria la questione è stata risolta, in via normativa, dall’art. 133, comma 1, lett. d n. 1) del c. proc. amm., che attribuisce al g.a. la giurisdizione esclusiva in materia di controversie «relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, fornitura». Tale disposizione copre anche la fase che va dal momento dell’aggiudicazione a quello della stipula del contratto, in cui rientra la contestazione della determinazione di incamerare la cauzione provvisoria, ed il carattere esclusivo della giurisdizione - che non si spiegherebbe ove la norma fosse riferita solo al procedimento di aggiudicazione - supera anche il problema della qualificazione della posizione soggettiva che viene in rilievo”*.

Di contro, relativamente alla cauzione definitiva: *“Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la risoluzione per grave inadempimento del contratto di affidamento del servizio gestione di parcheggi a pagamento sul territorio comunale e contestuale escussione della cauzione definitiva prestata dall’appaltatore”* (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 19 novembre 2018, n. 1714). Così anche: *“Le controversie aventi ad oggetto l’escussione della cauzione definitiva o della polizza fideiussoria, rilasciate a garanzia dell’adempimento degli obblighi assunti dal partecipante ad una gara d’appalto, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la domanda di accertamento dell’inesistenza della debenza dell’importo preteso dall’ente e di manleva in relazione a quanto eventualmente da pagarsi a quest’ultimo riguardano comunque il rapporto privatistico”* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 5 marzo 2018, n. 1395).

Non è mancato in giurisprudenza l’elaborazione del seguente distinguo: *“Rientra nella giurisdizione amministrativa l’impugnazione dell’atto di incameramento della cauzione definitiva prestata dal*

pubblici, mediante l’impiego degli istituti di matrice civilistica, porti a risultati soddisfacenti, rischiando al contempo di depotenziare la terminologia utilizzata dal legislatore, che l’ha concepita con funzione autoritativa, postulando l’esercizio di poteri di autotutela e cura dell’interesse pubblico. Alla garanzia prestata va riconosciuta infatti la titolarità di un interesse legittimo, il cui sindacato va devoluto di conseguenza alla giurisdizione amministrativa, anche alla luce delle finalità repressive e preventive che lo stesso istituto persegue”.

² Così anche <https://lamministrativista.it/articoli/news/giurisdizione-ordinaria-sulle-controversie-tema-di-escussione-della-cauzione-garanzia>.

privato appaltatore a garanzia del proprio esatto adempimento, quando a monte della pretesa amministrativa di incameramento si ponga una causa di invalidità dell'aggiudicazione precedentemente disposta a suo favore dalla stazione appaltante, e non già una mera causa di risoluzione del loro rapporto contrattuale; viceversa, tale giurisdizione non sussiste nelle diverse ipotesi in cui l'incameramento è connesso ad un inadempimento contrattuale” (cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 16 ottobre 2015, n.1472).

Tornando specificamente al tema della natura giuridica, occorre osservare che con la garanzia bancaria o assicurativa, vuoi provvisoria, vuoi definitiva, il garante si obbliga, ai sensi dell'art. 1936 c.c., personalmente ed in solido verso la stazione appaltante a garantire le obbligazioni assunte dal concorrente prima e dal contraente poi, ovvero sia la sottoscrizione del contratto e la corretta esecuzione dei lavori (*“È fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui”* – art. 1936 c.c.).

Si precisa che queste garanzie non svolgono alcuna funzione satisfattoria, in quanto è sempre possibile – *ex lege* in ragione di basilari principi di erarialità - esperire l'azione per il maggior danno subito. La dottrina maggioritaria esclude che le garanzie in parola abbiano natura di caparra confirmatoria o di una clausola penale (come innanzi si è osservato criticamente) e il Codice dei Contratti Pubblici – nel lessico utilizzato in tema di garanzia provvisoria e definitiva – conforta in ordine all'idea che si tratti di una fidejussione, regolata da un regime di diritto civile speciale.

Allo stesso modo, sebbene non manchi anche questa prospettazione in dottrina, la cauzione non può essere avvicinata al pegno, dal quale comunque differisce perché quest'ultimo garantisce un credito, attuale e determinato; la cauzione, invece, un credito eventuale ed indeterminato.

Si è persuasi di contro che si tratti proprio di un contratto di fidejussione contro inadempimenti, che presentano peculiarità in ragione della natura peculiare di una delle parti del rapporto, ovvero sia la stazione appaltante, in considerazione degli interessi pubblici sottesi. Queste peculiarità, come meglio si osserverà, fanno sì che possa motivatamente parlarsi di contratti autonomi di garanzia a prima richiesta.

Il contratto autonomo di garanzia è il contratto in base al quale una parte si obbliga, a titolo di garanzia, ad eseguire immediatamente (*“a prima richiesta”*) la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità o efficacia del rapporto di base, e senza potere sollevare eccezioni (*“senza eccezioni”*).

Ciò non preclude l'*exceptio doli*, e cioè l'eccezione che il creditore abbia agito con dolo al fine di indurre il garante alla conclusione del negozio, e poi ne abbia chiesto l'adempimento.

Queste caratteristiche evidenziano differenze marcate tra il contratto autonomo di garanzia e la fideiussione, data la mancanza – nel primo – dell'elemento dell'accessorietà rispetto al rapporto principale; accessorietà che invece costituisce un tratto saliente della fideiussione, che ha natura di rapporto accessorio rispetto all'obbligazione principale: *“mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo e ampiezza del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante a prima richiesta si obbliga a tenere indenne il creditore dalla mancata prestazione del garantito, per qualsiasi ragione ciò avvenga”*³.

³ Cfr. [https://www.tidona.com/le-differenze-tra-fideiussione-bancaria-e-contratto-autonomo-di-garanzia-lobbigo-del-garante-di-pagare-immediatamente-senza-possibilita-di-portare-eccezioni/#:~:text=Il%20contratto%20autonomo%20di%20garanzia,senza%20potere%20sollevare%20eccezioni%20\(%E2%80%9Csenza](https://www.tidona.com/le-differenze-tra-fideiussione-bancaria-e-contratto-autonomo-di-garanzia-lobbigo-del-garante-di-pagare-immediatamente-senza-possibilita-di-portare-eccezioni/#:~:text=Il%20contratto%20autonomo%20di%20garanzia,senza%20potere%20sollevare%20eccezioni%20(%E2%80%9Csenza)

Si precisa che la qualifica delle succitate garanzie in termini di fidejussioni comporta – laddove non derogata dal Codice dei Contratti Pubblici – l'applicazione delle disposizioni del codice civile in materia di fidejussioni e segnatamente:

- art. 1938 c.c. - la fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura con la previsione, in questo ultimo caso, dell'importo massimo garantito;
- art. 1939 c.c. - la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale;
- art. 1941 c.c. - la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose. Può prestarsi per una parte soltanto del debito o a condizioni meno onerose. La fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose è valida nei limiti dell'obbligazione principale;
- art. 1943 c.c. - il debitore obbligato a dare un fideiussore deve presentare persona capace, che possieda beni sufficienti a garantire la obbligazione e che abbia o elegga domicilio nella giurisdizione della corte di appello in cui la fideiussione si deve prestare. Quando il fideiussore è divenuto insolvente, deve esserne dato un altro, tranne che la fideiussione sia stata prestata dalla persona voluta dal creditore;
- art. 1944 c.c. - il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito. Le parti però possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale. In tal caso, il fideiussore, che sia convenuto dal creditore e intenda valersi del beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione. Salvo patto contrario, il fideiussore è tenuto ad anticipare le spese necessarie;
- art. 1945 c.c. - Il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità;
- art. 1949 c.c. - il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore;
- art. 1950 c.c. - il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale, benché questi non fosse consapevole della prestata fideiussione. Il regresso comprende il capitale, gli interessi e le spese che il fideiussore ha fatte dopo che ha denunciato al debitore principale le istanze proposte contro di lui. Il fideiussore inoltre ha diritto agli interessi legali sulle somme pagate dal giorno del pagamento. Se il debito principale produceva interessi in misura superiore al saggio legale, il fideiussore ha diritto a questi fino al rimborso del capitale. Se il debitore è incapace, il regresso del fideiussore è ammesso solo nei limiti di ciò che sia stato rivolto a suo vantaggio;
- art. 1952 c.c. - il fideiussore non ha regresso contro il debitore principale se, per avere omesso di denunciargli il pagamento fatto, il debitore ha pagato ugualmente il debito. Se il fideiussore ha pagato senza averne dato avviso al debitore principale, questi può opporgli le eccezioni che avrebbe potuto opporre al creditore principale all'atto del pagamento. In entrambi i casi è fatta salva al fideiussore l'azione per la ripetizione contro il creditore;
- art. 1955 c.c. - La fideiussione si estingue quando, per fatto del creditore, non può avere effetto la surrogazione del fideiussore nei diritti, nel pegno, nelle ipoteche e nei privilegi del creditore;
- art. 1957 c.c. - Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate. La disposizione si applica anche al caso in cui il fideiussore ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine

dell'obbligazione principale. In questo caso però l'istanza contro il debitore deve essere proposta entro due mesi. L'istanza proposta contro il debitore interrompe la prescrizione anche nei confronti del fideiussore.

Come si avrà modo di osservare nel seguito, molte di dette previsioni sono derogate nel Codice dei Contratti Pubblici in nome di esigenze di maggiore certezza giuridica ed economica delle stazioni appaltanti.

Sta di fatto e si avrà modo di rimarcarlo anche nel seguito che secondo la giurisprudenza i c.d. *bond* sono garanzie bancarie a prima domanda costituenti, pertanto, contratto da cui deriva un impegno autonomo e con i quali il garante emittente si impegna nei confronti della stazione appaltante in caso di inadempimento della ditta concorrente o contraente; “è dunque una figura che presenta tutte le caratteristiche del contratto autonomo di garanzia, caratteristiche diverse dallo schema tipico della fideiussione” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2813).

Questa autonomia concettuale non esclude che laddove non derogato (anche alle luce degli schema tipo esaminati nel seguito) e nei limiti di compatibilità la disciplina in materia di fidejussione possa residualmente trovare applicazione, come comprovato dalla stessa dicitura del Codice dei Contratti Pubblici, che come di vedrà ha introdotto deroghe espresse all'applicabilità delle disposizioni del codice civile in materia di fidejussioni.

3. GARANZIE PER LA PARTECIPAZIONE ALLA PROCEDURA.

L'art. 95 del Codice dei Contratti Pubblici stabilisce che l'offerta degli operatori in gara deve essere corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "*garanzia provvisoria*", di importo pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito.

Detta fidejussione è possibile che venga presentata indifferentemente sotto forma di cauzione o di fideiussione, secondo libera scelta dell'offerente.

Il valore del 2% è modificabile da parte della stazione appaltante entro precisi margini di fluttuazione. La norma prevede, infatti, che, per la finalità 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 o ridurre l'importo della cauzione sino all'1%, oppure incrementarlo sino al 4%.

Nei casi di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie in esame.

Come accennato in precedenza, la garanzia fideiussoria – ancora una volta a scelta del concorrente – può essere rilasciata 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, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa.

Si vedrà come l'operatività di imprese transfrontaliere – in nome della libera circolazione dei servizi – abbia offuscato il significato garantistico di una simile previsione, legittimando il rilascio di

garanzie da parte di imprese assicurative non in grado o, peggio ancora, reticenti all'escussione da parte delle stazioni appaltanti nazionali.

Come rilevanti innanzi, il codice civile è in più punti derogato in nome di necessità pubblicistiche; questa circostanza fa sì che possa parlarsi di garanzia autonoma a prima richiesta. Questa qualificazione discende dalle previsioni dell'art. 93, comma 4 del Codice dei Contratti Pubblici, secondo il quale la garanzia provvisoria deve essere corredata:

- dalla previsione espressa della rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale,
- dalla rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2 c.c. (*“La disposizione si applica anche al caso in cui il fideiussore ha espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale”*),
- nonché dall'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

E' nella previsione di quest'ultima alinea che si ritrova, in particolare, la natura autonoma della garanzia rispetto alle obbligazioni del concorrente contraente.

La garanzia provvisoria deve prevedere un termine di efficacia di almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta, tant'è che il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento; la documentazione di gara può prescrivere anche 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.

Per la giurisprudenza, considerati i limiti temporali di legge, *“È illegittima l'escussione della garanzia provvisoria disposta dalla Stazione Appaltante per sanzionare la mancata stipula del contratto, allorché, come nella specie, la stipula stessa non costituisca più un obbligo dell'operatore economico, stante la intervenuta scadenza del termine di irrevocabilità dell'offerta”* (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 febbraio 2020, n.1553).

La causa della garanzia provvisoria è quella 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.

Per la giurisprudenza, questa ampia dicitura del comma 8 dell'art. 93 deve essere interpretata nel senso che: *“L'escussione della garanzia provvisoria non discende esclusivamente da una falsa dichiarazione o dalla mancata prova di requisiti dichiarati bensì da ogni ipotesi di carenza dei requisiti di partecipazione, con la conseguenza che la circostanza che la sanzione dell'A.G.C.M. sia successiva alla data di presentazione dell'offerta non assume rilevanza alcuna per essere essa solo un mezzo di prova dell'inaffidabilità e mancanza di serietà dell'operatore già concretizzatasi nei suoi pregressi comportamenti”* (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 7 dicembre 2020, n. 13120).

Al tempo stesso, stante la chiara lettera della legge, è stato rilevato in giurisprudenza che *“L'escussione della garanzia provvisoria è ammissibile solo in riferimento alla figura dell'aggiudicatario e deve essere esclusa nelle ipotesi in cui la verifica negativa dell'esistenza della*

causa di esclusione riguardi un concorrente non aggiudicatario” (cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, sez. I, 26 maggio 2020, n. 76)⁴.

La garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto e la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia provvisoria, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di efficacia della garanzia.

E' prevista la possibilità di riduzione degli importi. L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del 50% 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.

Detta riduzione del 50%, non cumulabile con quella appena richiamata per i sistemi di qualità, opera 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 del 30 per cento, anche cumulabile con la riduzione per la disponibilità di sistemi di qualità, 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 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%, anche cumulabile con i primi due benefici innanzi illustrati, 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%, anche cumulabile con le precedenti riduzioni 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.

Per fruire delle riduzioni, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti.

Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30%, non cumulabile, 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

⁴ Così anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 febbraio 2020, n. 1553.

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.

Non esiste un diretto obbligo di impegnare al rilascio della garanzia definitiva lo stesso operatore economico che ha prestato la garanzia provvisoria, dal momento che il comma 8 dell'art. 93 stabilisce che *"L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario. Il presente comma non si applica alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese"*.

Istituti bancari e altri soggetti abilitati emettono le garanzie fideiussorie in coerenza con lo schema tipo di cui all'articolo 103, comma 9 del Codice dei Contratti Pubblici (lo schema tipo verrà analizzato in seguito).

Per l'ANAC, la garanzia provvisoria assolve *"sia una funzione indennitaria, in quanto garantisce alla stazioneappaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto-impedimento dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, sia una funzione sanzionatoria, in caso di inadempimenti procedurali compiuti dal concorrente"* (cfr. ANAC - Delibera numero 72 del 29 gennaio 2020).

Queste considerazioni si ritrovano nella delibera appena citata, caso in cui l'ANAC è stata chiamata ad esprimersi in merito alla obbligatorietà della cauzione provvisoria in caso di importi di minima entità ed ha affermato i seguenti principi: *"Sulla base delle considerazioni esposte, l'Autorità conferma la doverosità della richiesta di cauzione provvisoria in tutte le procedure non incluse nella deroga codicistica. Si ritiene, infatti, che l'attuale quadro normativo non consenta di aderire ad un'interpretazione estensiva della deroga contenuta nell'articolo 93, comma 1, del codice dei contratti pubblici. Tuttavia, si ritiene che l'istanza avanzata e le argomentazioni addotte a giustificazione della richiesta possano essere meritevoli di considerazione. Per gli affidamenti di importi minimali, infatti, la richiesta di una garanzia provvisoria potrebbe effettivamente rivelarsi sproporzionata rispetto al beneficio atteso, anche considerando l'entità della cauzione che, in forza delle possibili riduzioni previste dalla norma, potrebbe ammontare a poche decine di euro. Ciò posto, l'Autorità ritiene utile trasmettere la presente Delibera al Governo e al Parlamento ai sensi dell'articolo 213, comma 3, lettera d) del codice dei contratti pubblici, al fine di suggerire la modifica dell'articolo 93, comma 1, del codice dei contratti pubblici. In particolare, si suggerisce l'estensione della deroga richiamata anche agli affidamenti di importo inferiore ad una determinata soglia. Si evidenzia che detto limite potrebbe essere individuato anche in misura inferiore rispetto a quello in vigore per gli affidamenti diretti, considerato che soltanto in questi ultimi casi la stazione appaltante può scegliere direttamente un esecutore che sia ritenuto attendibile e affidabile, mettendosi al riparo dai rischi coperti dalla garanzia provvisoria. In tal modo, verrebbe comunque assicurata una differenza di disciplina per i due casi (affidamenti diretti,*

da un lato, e affidamenti che prevedono un confronto competitivo, dall'altro), che sarebbe giustificata dal diverso grado di rischio cui è esposta la stazione appaltante”⁵.

Questa posizione appare coerente con quella espressamente prevista dall'art. 103 in tema di cauzione definitiva, secondo cui è facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) (“*affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro*”). La norma estende però detta facoltà anche ai seguenti casi: per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

L'art. 93 non si applica agli appalti di servizi aventi a oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento.

Il sistema delle garanzie provvisorie risulta oggi arricchito dalla attenzione che gli ha riservato lo stesso bando tipo dell'ANAC numero 1 del 24 novembre 2021, per una procedura aperta telematica per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo - approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 773 del 24 novembre 2021.

Il bando tipo prevede quanto segue:

“L'offerta [eventualmente: “per ciascun lotto”] è corredata, a pena di esclusione, da:

a) una garanzia provvisoria pari a ... [2% del prezzo base dell'appalto ovvero altra percentuale ai sensi dell'articolo 93, comma 1 del Codice] e precisamente di importo pari ad € ... [indicare]. Si applicano le riduzioni di cui all'articolo 93, comma 7 del Codice;

N.B. 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% ovvero incrementarlo sino al 4%.

b) una dichiarazione di impegno, da parte di un istituto bancario o assicurativo o altro soggetto di cui all'articolo 93, comma 3, del Codice, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva, qualora il concorrente risulti affidatario. Tale dichiarazione di impegno non è richiesta alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari esclusivamente dalle medesime costituiti.

⁵ Ma si veda anche ANAC – Delibera numero 140 del 27 febbraio 2019: “CONSIDERATO che anche l'articolo 93, comma 1, ultimo periodo, del Codice dei contratti pubblici richiama gli appalti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante affidamento diretto; CHIARISCE che nei casi di contratti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante procedure diverse dall'affidamento diretto, le stazioni appaltanti sono tenute a richiedere la garanzia provvisoria di cui all'articolo 93, comma 1, ultimo periodo e la garanzia definitiva di cui all'articolo 103, comma 11, del Codice dei contratti pubblici”.

[Eventuale nell'ipotesi di gara divisa in più lotti] In caso di partecipazione a più lotti sono prestate tante distinte ed autonome garanzie provvisorie e impegni al rilascio della definitiva quanti sono i lotti cui si intende partecipare.

N.B. Nel caso di suddivisione in lotti l'importo della garanzia è commisurato al valore dei lotti aggiudicabili contemporaneamente. Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di lotti aggiudicabili al medesimo operatore economico, il valore della garanzia è commisurato al numero massimo di lotti aggiudicabili.

La garanzia provvisoria è costituita, a scelta del concorrente:

- a) *fermo restando il limite all'utilizzo del contante di cui all'articolo 49, comma 1 del decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231, in contanti, in assegni circolari, con bonifico, con versamento effettuato ... [la stazioneappaltante indica gli estremi per il deposito mediante bonifico bancario sul conto corrente, postale o PagoPA];*
- b) *in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato depositati presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione; il valore deve essere al corso del giorno del deposito;*
- c) *da fideiussione bancaria o assicurativa rilasciata da imprese bancarie o assicurative che: risponde ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata da un intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385; svolge in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie; è sottoposta a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; ha i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa rispondano ai requisiti di cui all'articolo 93, comma 3 del Codice. Gli operatori economici, prima di procedere alla sottoscrizione della garanzia, sono tenuti a verificare che il soggetto garante sia in possesso dell'autorizzazione al rilascio di garanzie mediante accesso ai seguenti siti internet:*

<http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/intermediari/index.html>

<http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/garanzie-finanziarie/>

http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/avvisi-pub/soggetti-non-legittimati/Intermediari_non_abilitati.pdf

http://www.ivass.it/ivass/imprese_jsp/HomePage.jsp

N.B.: Si raccomanda di prendere visione del documento denominato "Garanzie finanziarie: suggerimenti per le pubbliche amministrazioni e altri beneficiari" al seguente link: https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/Comunicazione/News/_news?id=59f5bfef0a7780426d0ea4bcb3f2f6d6 al fine di evitare di accettare polizze false e/o irregolari perché emesse da soggetti non legittimati.

La garanzia fideiussoria deve:

- a) *contenere espressa menzione dell'oggetto del contratto di appalto e del soggetto garantito (stazioneappaltante);*
- b) *essere intestata a tutti gli operatori economici del costituito/constituendo raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario o GEIE, ovvero a tutte le imprese retiste che partecipano alla gara ovvero, in caso di consorzi di cui all'articolo 45, comma 2 lettere b) e c) del Codice, al solo consorzio;*

- c) *essere conforme allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dello sviluppo economico del 19 gennaio 2018 n. 31;*
- d) *avere validità per ... giorni [almeno 180 gg. - ovvero altro termine, in relazione alla durata prevista per il procedimento] dalla data di presentazione dell'offerta;*
- e) *prevedere espressamente:*

1. *la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944 del codice civile;*
2. *la rinuncia ad eccepire la decorrenza dei termini di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile;*
3. *l'operatività della stessa entro quindici giorni a semplice richiesta scritta della stazioneappaltante.*

- g) *essere corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia ai sensi dell'articolo 93, comma 5 del Codice, su richiesta della stazioneappaltante per ulteriori ... [indicare] giorni, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.*

La garanzia fideiussoria e la dichiarazione di impegno devono essere sottoscritte da un soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante ed essere inserite sulla Piattaforma in una delle seguenti forme:

- a) *originale informatico, ai sensi dell'articolo 1, lett. p) del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, sottoscritto con firma digitale, o altro tipo di firma elettronica qualificata dal soggetto in possesso dei poteri necessari per impegnare il garante;*
- b) *in copia informatica di documento analogico (scansione di documento cartaceo) secondo le modalità previste dall'articolo 22, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 82/2005;*
- c) *in duplicato informatico dell'originale informatico conforme alle disposizioni dell'articolo 23-bis del D.lgs. n.82/2005.*

In caso di bonifico il concorrente deve inserire sulla Piattaforma il documento che attesti l'avvenuto versamento in una delle forme sopra indicate. Il documento deve indicare il nominativo dell'operatore economico che ha operato il versamento stesso.

In caso di richiesta di estensione della durata e validità dell'offerta e della garanzia fideiussoria, il concorrente potrà produrre nelle medesime forme di cui sopra una nuova garanzia provvisoria del medesimo o di altro garante, in sostituzione della precedente, a condizione che abbia espressa decorrenza dalla data di presentazione dell'offerta.

Per fruire delle riduzioni di cui all'articolo 93, comma 7 del Codice, il concorrente dichiara nella domanda di partecipazione il possesso dei relativi requisiti.

In caso di partecipazione in forma associata, la riduzione del 50% per il possesso della certificazione del sistema di qualità di cui all'articolo 93, comma 7, si ottiene:

- a) *per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f), g), del Codice solo se tutte le imprese che costituiscono il raggruppamento, consorzio ordinario o GEIE, o tutte le imprese retiste che partecipano alla gara siano in possesso della predetta certificazione;*
- b) *per i consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c) del Codice, se il Consorzio ha dichiarato in fase di offerta che intende eseguire con risorse proprie, sole se il Consorzio possiede la predetta certificazione; se il Consorzio ha indicato in fase di offerta che intende assegnare parte delle prestazioni a una o più consorziate individuate nell'offerta, solo se sia il*

Conorzio sia la consorziata designata posseggono la predetta certificazione, o in alternativa se il solo Conorzio possiede la predetta certificazione e l'ambito di certificazione del suo sistema gestionale include la verifica che l'erogazione della prestazione da parte della consorziata rispetti gli standard fissati dalla certificazione.

Le altre riduzioni previste dall'articolo 93, comma 7, del Codice si ottengono nel caso di possesso da parte di una sola associata oppure, per i consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c) del Codice, da parte del consorzio e/o delle consorziate.

È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti nella loro integrità prima della presentazione dell'offerta.

Non è sanabile - e quindi è causa di esclusione - la sottoscrizione della garanzia provvisoria”.

4. LE GARANZIE DEFINITIVE

L'appaltatore per la sottoscrizione del contratto deve costituire una garanzia, denominata "garanzia definitiva" a sua scelta sotto forma di cauzione o fideiussione pari al 10% per cento dell'importo contrattuale; tale obbligazione è indicata negli atti e documenti a base di affidamento di lavori, di servizi e di forniture.

Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è indicato nella misura massima del 10% dell'importo contrattuale.

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 10%, la garanzia da costituire è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%.

Inoltre, nel caso in cui il ribasso risulti superiore al 20%, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%.

La cauzione ha per scopo garantire l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e gli obblighi risarcitori discendenti dai danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse.

La cauzione definitiva garantisce anche il 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 definitiva 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.

Alla garanzia definitiva si applicano le riduzioni previste dall'art. 93, comma 7 del Codice dei Contratti per la garanzia provvisoria.

La copertura è estesa dal comma 2 dell'art. 103 del Codice dei Contratti Pubblici, nei limiti dell'importo massimo garantito, all'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori, servizi e forniture nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore e le stazioni appaltanti 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 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 del contratto pubblico.

La mancata costituzione della garanzia in esame determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta.

La garanzia fideiussoria a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata dai medesimi soggetti che il legislatore autorizza al rilascio della garanzia provvisoria.

Anche in questo caso, la garanzia – configurandosi in tal modo come a prima richiesta - 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.

La garanzia definitiva è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80% 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.

Lo svincolo è automatico, senza necessità di nulla osta del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione. Tale automatismo si applica anche agli appalti di forniture e servizi. Sono nulle le pattuizioni contrarie o in deroga.

Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata.

Il pagamento della rata di saldo è subordinato alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa 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.

Si precisa che secondo l'art. 103, comma 7, l'esecutore dei lavori è tenuto a costituire e consegnare alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una polizza di assicurazione 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.

Questa polizza assicura la stazioneappaltante contro la 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 polizza 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 stazioneappaltante.

Per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 35 del Codice dei Contratti, 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 polizza 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 20% del valore dell'opera realizzata e non superiore al 40%, nel rispetto del principio di proporzionalità avuto riguardo alla natura dell'opera. L'esecutore dei lavori è inoltre obbligato a stipulare, per i lavori in questione una polizza 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% del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro.

Nel bando tipo dell'ANAC innanzi richiamato si prevede che *“all’atto della stipulazione del contratto, l’aggiudicatario deve presentare la garanzia definitiva da calcolare sull’importo contrattuale, secondo le misure e le modalità previste dall’articolo 103 del Codice.*

N.B. Ai sensi dell’articolo 103, comma 11 del Codice, qualora l’appalto debba essere eseguito da operatori economici di comprovata solidità ovvero nel caso di appalto avente ad oggetto forniture di beni che per la loro natura, o per l’uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d’arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l’esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati, la stazioneappaltante può modificare la clausola sopra indicata prevedendo l’esonero della presentazione della garanzia definitiva, sulla base di adeguata motivazione, subordinatamente ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

“

In caso di raggruppamenti temporanei le garanzie fideiussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dalla mandataria in nome e per conto di tutti i concorrenti ferma restando la responsabilità solidale tra le imprese. Questo regime di responsabilità solidale deve essere riletto alla luce della distinzione tra raggruppamenti orizzontali e verticali ed il relativo regime di responsabilità tra impresa mandataria e mandanti.

Le garanzie fino ad ora esaminate (garanzia provvisoria e quella definitiva ma quelle di cui all'art. 104 esaminata nel seguito) prevedono la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore per l'eventuale indebito arricchimento e possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti; in questo caso, i garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore.

5. REGIME GIURIDICO DELLE GARANZIE DEFINITIVE – PECULIARITÀ.

5.1 RINUNCIA AL BENEFICIO DELLA PREVENTIVA ESCUSSIONE DEL DEBITORE PRINCIPALE.

La clausola – che si è visto contemplata vuoi per la cauzione provvisoria, vuoi per la cauzione definitiva- serve a rafforzare la stazione appaltante che avrà facoltà, ricorrendone la necessità, di indirizzarsi subito verso il patrimonio dell'assicuratore, senza dover prima escutere l'impresa inadempiente.

5.2. RINUNCIA ALL'ECCEZIONE DI CUI ALL'ARTICOLO 1957, SECONDO COMMA, DEL CODICE CIVILE.

Appare evidente l'intento perseguito dal legislatore del Codice dei Contratti Pubblici con la previsione in esame: offrire alla stazione appaltante una garanzia maggiore, riconducendola alla fattispecie disciplinata dal primo comma dell'articolo 1957 del codice civile.

Il richiamo al regime delle fidejussioni non contraddice la qualifica giuridica delle garanzie in esame in termini di contratti autonomi di garanzia ma al tempo stesso rimarca la rilevanza residuale e nei termini di compatibilità delle norme in materia di fidejussione dettate dal codice civile (*cf.* ANAC - Parere n. 138 – 22 luglio 2010).

5.3. OPERATIVITÀ DELLA GARANZIA MEDESIMA ENTRO QUINDICI GIORNI, A SEMPLICE RICHIESTA SCRITTA DELLA STAZIONE APPALTANTE.

Secondo la giurisprudenza espressasi in materia di cauzione provvisoria ma con considerazioni valide anche per quella definitiva: *“Il bid bond è una figura che presenta tutte le caratteristiche del contratto autonomo di garanzia e che corrisponde alle caratteristiche ed ai criteri individuati nella pubblicazione n. 758 del 2010 della Camera di Commercio Internazionale di Parigi « Uniform Rules for Demand Guarantees » (URDG), tale da renderlo forma di garanzia alternativa al deposito cauzionale ammessa quanto meno quale alla stregua di uso negoziale; il bid bond comprende in sé anche l'impegno a prestare la garanzia a copertura della cauzione definitiva in caso di aggiudicazione del contratto, implicando la garanzia complessiva del « buon fine dell'operazione sottostante », cioè l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto; appare dunque*

evidente l'inapplicabilità dell'art. 93, comma 3, d.lg. n. 50 del 2016, in quanto il bid bond è differente, per le caratteristiche sue proprie, dalla fideiussione” (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 3 agosto 2021, n. 5709 ⁶).

È proprio nella previsione della possibilità di rivalersi direttamente sulla stazione appaltante e a semplice richiesta che si rinviene, unitamente alle altre due caratteristiche appena evidenziate, la natura di contratto autonomo delle garanzie in esame.

Questo serve a rimarcare che il riferimento al codice civile, ed in particolare alle norme in materia di fidejussione si applicano solo quando non derogate e in quanto compatibili.

La giurisprudenza anche di recente ha avuto modo di scandire la differenza tra i due istituti, con indicazioni molto chiare che vale richiamare: *“Costituisce contratto autonomo di garanzia quello in base al quale una parte si obbliga a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta, la prestazione del debitore, indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base con l'impossibilità per il garante di sollevare eccezioni, onde tale contratto si distingue dalla fideiussione per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, poiché, mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante nel contratto autonomo si obbliga non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta. Per distinguere le suddette figure contrattuali non si profila decisivo l'impiego o meno di espressioni quali "a prima richiesta" o "a semplice richiesta scritta", ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia: le differenze, infatti, devono essere ricercate sul piano dell'autonomia e non su quello della causa, potendo la clausola di pagamento riferirsi sia ad una garanzia con caratteristiche di accessorietà, assumendo così valenza meramente processuale (risolvendosi in una clausola di "solve et repete", ai sensi dell'art. 1462 cod. civ.), sia ad una garanzia svincolata dal rapporto principale garantito, configurando un contratto autonomo di garanzia”* (cfr. Tribunale di Bergamo, sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 233).

6. LO SCHEMA TIPO DELL'ART. 103, COMMA 9 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.

Con il Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico 19 gennaio 2018, n. 31 è stato adottato il regolamento recante gli schemi di contratti tipo per le garanzie fideiussorie previste dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Le garanzie fideiussorie considerate dal DM in particolare sono:

Titolo	Riferimenti normativi	Schema tipo
Garanzia fideiussoria	Decreto legislativo n. 50	

⁶ Si veda anche Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2019, n. 4463.

| per la cauzione |50/2016, art. 93, comma| 1.1 singola |

| provvisoria | 1 |1.1.1 piu' garanti |

+-----+-----+-----+

| Garanzia fideiussoria |Decreto legislativo n. ||

| per la cauzione | 50/2016, art. 103, | 1.2 singola |

| definitiva | comma 1 |1.2.1 piu' garanti |

+-----+-----+-----+

| |Decreto legislativo n. ||

| Garanzia fideiussoria |50/2016, art. 35, comma| 1.3 singola |

| per l'anticipazione | 18 |1.3.1 piu' garanti |

+-----+-----+-----+

| |Decreto legislativo n. ||

| Garanzia fideiussoria | 50/2016, art. 103, | 1.4 singola |

| per la rata di saldo | comma 6 |1.4.1 piu' garanti |

+-----+-----+-----+

| |Decreto legislativo n. ||

| Garanzia fideiussoria | 50/2016, art. 104, | 1.5 singola |

| per la risoluzione | comma 1 |1.5.1 piu' garanti |

+-----+-----+-----+

| |Decreto legislativo n. ||

| Garanzia fideiussoria | 50/2016, art. 104, | 1.6 singola |

| di buon adempimento | comma 1 |1.6.1 piu' garanti |

+-----+-----+-----+

Queste garanzie possono essere rilasciate anche congiuntamente da più garanti. In tale caso, le singole garanzie possono essere prestate sia con atti separati per ciascun garante e per la relativa quota, sia all'interno di un unico atto che indichi tutti i garanti e le relative quote. La suddivisione per quote opera nei rapporti interni ai garanti medesimi fermo restando il vincolo di solidarietà nei confronti della stazioneappaltante o del soggetto aggiudicatore.

Le disposizioni in esame si applicano ai settori ordinari. Si applicano altresì nei settori speciali e nelle concessioni se i documenti di gara prevedono la prestazione di garanzie della tipologia di cui agli schemi tipo e richiamano il presente decreto.

6.1 SCHEMA TIPO GARANZIA PROVVISORIA.

Condizioni che rilevano nel rapporto tra stazione appaltante e Garante.

Per l'art. 1 dello schema tipo (Oggetto della garanzia) il garante si impegna nei confronti della stazione appaltante, nei limiti della somma garantita nella relativa Scheda Tecnica, al pagamento degli importi dovuti dal contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara, indicata nella medesima Scheda Tecnica, nonché al pagamento degli importi dovuti nei casi di escussione.

La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione per fatto del contraente o per l'adozione di informazione antimafia interdittiva.

La garanzia (art. 2 - efficacia e durata della garanzia):

- a) decorre dalla data di presentazione dell'offerta;
- b) ha validità di 180 giorni a partire dalla data indicata alla lettera a), ovvero, la validità maggiore o minore richiesta nel bando o nell'invito;
- c) viene svincolata dalla stazione appaltante qualora il contraente non risulti aggiudicatario della gara, entro 30 giorni dall'aggiudicazione ad altra impresa concorrente, anche quando non sia ancora scaduto il termine di efficacia della garanzia;
- d) cessa al momento della sottoscrizione del contratto da parte del contraente qualora esso risulti aggiudicatario, allorché è automaticamente svincolata, estinguendosi ad ogni effetto.

Qualora il bando o l'invito lo richiedano, il garante si impegna a rinnovare la garanzia, per un ulteriore periodo di durata pari a quello indicato nel bando o nell'invito stesso, su richiesta della stazione appaltante e purché tale richiesta pervenga al garante entro il termine di efficacia della garanzia (art. 93, comma 5, del Codice).

La liberazione anticipata della garanzia rispetto alle scadenze di cui ai commi precedenti può aver luogo solo con la restituzione al garante, da parte della stazione appaltante, dell'originale della garanzia stessa con annotazione di svincolo o con comunicazione scritta della Stazione appaltante al garante.

Il mancato pagamento della commissione non può essere opposto alla stazione appaltante.

In ordine alla escussione della garanzia, il garante è obbligato a corrispondere l'importo dovuto dal contraente, nei limiti della somma garantita, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l'indicazione dei motivi per i quali la stazione appaltante attiva l'escussione.

Resta salva l'azione di ripetizione verso la stazione appaltante per il caso in cui le somme pagate dal garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute dal contraente o dal garante.

Ai sensi dell'art. 5, 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. È prevista altresì la rivalsa del garante verso il contraente per le somme pagate in forza della presente garanzia.

È poi previsto (art. 6) che il garante si impegni nei confronti del Contraente, ai sensi dell'art. 93, comma 8, del Codice dei Contratti Pubblici, a rilasciare, a seconda del caso,

a) la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 103, comma 1, del Codice; ovvero, laddove previste ai sensi dell'art. 104, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici,

b) la garanzia per la risoluzione e la garanzia di buon adempimento di cui all'art. 104, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici; qualora il contraente risultasse aggiudicatario o affidatario.

6.2 SCHEMA TIPO GARANZIA DEFINITIVA.

Si riporta nel seguito il testo del DM in materia di garanzia definitiva.

Art. 1 - Oggetto della garanzia

Il Garante, in conformità all'art. 103, commi 1 e 2, del Codice, si impegna nei confronti della Corte costituzionale (d'ora in poi solo Corte o Committente), nei limiti della somma garantita indicata nella Scheda Tecnica, al risarcimento dei danni da questa subiti in conseguenza del mancato o inesatto adempimento da parte del Contraente delle obbligazioni previste nel Contratto ed al pagamento delle somme previste dalle norme sopra richiamate.

Il Garante, pertanto, si impegna al pagamento di quanto dovuto dall'Affidatario ai sensi dell'art. 103, del Codice, in caso di:

- a) inadempimento di qualunque obbligazione derivante dal Contratto;
- b) risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse;
- c) rimborso:
 - i) delle maggiori somme pagate dalla Corte all'Affidatario rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'Appaltatore;
 - ii) della eventuale maggiore spesa sostenuta dalla Corte per il completamento dei lavori dei servizi e delle forniture nel caso di risoluzione del Contratto disposta in danno dell'Affidatario;
 - iii) di quanto dovuto dall'Affidatario per le inadempienze derivanti dall'inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi di lavoro, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto o comunque presenti in cantiere o nei luoghi dove viene prestato il servizio nei casi di appalti di servizi.

La garanzia è estesa alle obbligazioni accertate a carico del Contraente con sentenza passata in giudicato derivanti dalla violazione degli impegni assunti con la sottoscrizione del protocollo di legalità/Patto di integrità eventualmente presente nei documenti di gara.

L'estensione opera a condizione che la violazione venga comunicata dalla Corte al Garante nel periodo di validità della garanzia ed è limitata ad un importo pari al 10% della somma garantita al momento della suddetta comunicazione.

Limitatamente a tale caso la garanzia, salvo che non venga nel frattempo integralmente escussa per altro motivo, sarà automaticamente prorogata, per il solo importo anzidetto, oltre la durata prevista dall'art. 2 e fino al decorso dei sei mesi successivi al passaggio in giudicato della sentenza che accerti la violazione, dopodiché perderà automaticamente efficacia.

Art. 2 - Efficacia e durata della garanzia

L'efficacia della garanzia:

- a) decorre dalla data di stipula del Contratto;
- b) cessa alla data di emissione del certificato di collaudo o del certificato di regolare esecuzione, ovvero, alla data di emissione del certificato di verifica di conformità o dell'attestazione di regolare esecuzione delle prestazioni emessi alla conclusione dell'esecuzione del Contratto e comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori, dei servizi o delle forniture risultante dal relativo certificato, allorché si estingue automaticamente ad ogni effetto (art. 103, commi 1 e 5, del Codice), salvo quanto indicato nell'ultimo comma dell'art. 1. La liberazione anticipata della garanzia rispetto alle scadenze di cui alla lettera b) del comma precedente può aver luogo solo con la restituzione al Garante, da parte della Corte dell'originale della garanzia stessa con annotazione di svincolo o con comunicazione scritta della Corte al Garante.

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

Art. 3 - Somma garantita

La somma garantita dalla presente fideiussione è calcolata in conformità a quanto disposto dall'art. 103, comma 1, del Codice, ed è pari al:

- a) 10 % dell'importo massimo del Contratto, nel caso di aggiudicazione con ribassi d'asta minori o uguali al 10%;
- b) 10 % dell'importo massimo del Contratto, aumentato di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%, nel caso di aggiudicazione con ribassi d'asta superiori al 10% e, nel caso di ribassi d'asta superiori al 20%, di ulteriori due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%.

Qualora ricorrano le condizioni, la somma garantita indicata al primo comma è ridotta ai sensi di quanto stabilito dall'art. 93, comma 7, del Codice come previsto dall'art. 103, comma 1, del Codice. L'ammontare della somma garantita è indicato nella Scheda Tecnica.

La garanzia è progressivamente svincolata in via automatica a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, in conformità a quanto disposto dall'art. 103, comma 5, del Codice.

Art. 4 - Escussione della garanzia

Il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente, nei limiti della somma garantita alla data dell'escussione, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Corte - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l'indicazione degli importi dovuti dal Contraente a sensi dell'art. 103, commi 1 e 2, del Codice. Tale richiesta dovrà pervenire al Garante entro i termini di cui all'art. 2 ed essere formulata in conformità all'art. 6.

Il Garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. e rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ.

Resta salva l'azione di ripetizione verso la Corte per il caso in cui le somme pagate dal Garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute dal Contraente o dal Garante (art. 104, comma 10, del Codice).

Art. 5 - Surrogazione - Rivalsa

Il Garante, nei limiti delle somme pagate, è surrogato alla Corte in tutti i diritti, ragioni ed azioni verso il Contraente, i suoi successori ed aventi causa a qualsiasi titolo. Il Garante ha altresì diritto di rivalsa verso il Contraente per le somme pagate in forza della presente garanzia (art. 104, comma

10, del Codice). La Corte faciliterà le azioni di recupero fornendo al Garante tutti gli elementi utili in loro 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 o tramite PEC inviate agli indirizzi indicati nella Scheda Tecnica.

Art. 7 - Foro competente

In caso di controversia fra il Garante e la Corte, il foro competente è quello di Roma.

Art. 8 - Rinvio alle norme di legge

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

6.3 SCHEMA TIPO GARANZIA DI BUON ADEMPIMENTO.

Si riporta nel seguito il testo del DM in materia di garanzia definitiva, relativamente alle condizioni che rilevano nel rapporto tra stazione appaltante e garante.

Articolo 1

Oggetto della garanzia

Il Garante, in conformità agli artt. 104, comma 3, e 103, commi 1 e 2, del Codice, si impegna nei confronti della Stazione appaltante, nei limiti della somma garantita indicata nella Scheda Tecnica, al risarcimento dei danni da questa subiti in conseguenza del mancato o inesatto adempimento da parte del Contraente delle obbligazioni previste nel contratto ed al pagamento delle somme disciplinate dalle norme sopra richiamate, con espressa esclusione dei maggiori costi di cui all'art. 104, comma 5, del Codice, in quanto oggetto della garanzia «per la risoluzione».

Il Garante, pertanto, si impegna al pagamento di quanto dovuto dall'Appaltatore ai sensi degli artt. 104 e 103 del Codice in caso di:

- a) inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto;
- b) risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse;
- c) rimborso:
 - i) delle maggiori somme pagate dalla Stazione appaltante all'Appaltatore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'Appaltatore;
 - ii) di quanto dovuto dall'Aggiudicatario per le inadempienze derivanti dall'inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi di lavoro, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto o comunque presenti nei luoghi di esecuzione del contratto.

Sono esclusi i maggiori costi coperti dalla garanzia «per la risoluzione», di cui all'art. 104, comma 5, del Codice.

La garanzia è estesa alle obbligazioni accertate a carico del Contraente con sentenza passata in giudicato derivanti dalla violazione degli impegni assunti con la sottoscrizione del protocollo di legalità eventualmente presente nei documenti di gara.

L'estensione opera a condizione che la violazione venga comunicata dalla Stazione appaltante al Garante nel periodo di validità della garanzia ed è limitata ad un importo pari al 10% della somma garantita al momento della suddetta comunicazione.

Limitatamente a tale caso la garanzia, salvo che non venga nel frattempo integralmente escussa per altro motivo, sarà automaticamente prorogata, per il solo importo anzidetto, oltre la durata prevista dall'art. 2 e fino al decorso dei sei mesi successivi al passaggio in giudicato della sentenza che accerti la violazione dopodiché perderà automaticamente efficacia.

Articolo 2

Efficacia e durata della garanzia

L'efficacia della garanzia:

- a) decorre dalla data di stipula del contratto;
- b) cessa alla data di emissione del certificato di collaudo o del certificato di regolare esecuzione e comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato, allorché' si estingue automaticamente ad ogni effetto (art. 104, comma 3, del Codice) salvo quanto indicato nell'ultimo comma dell'art. 1.

La liberazione anticipata della garanzia rispetto alle scadenze di cui alla lettera b) del comma precedente può aver luogo solo con la restituzione al Garante da parte della Stazione appaltante dell'originale della garanzia stessa con annotazione di svincolo o con comunicazione scritta della Stazione appaltante al Garante.

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

Articolo 3

Somma garantita

La somma garantita dalla presente fideiussione è calcolata in conformità a quanto disposto dall'art. 104, comma 3, del Codice ed è pari al 5% dell'importo contrattuale come risultante dall'aggiudicazione. L'ammontare della somma garantita è indicato nella Scheda Tecnica.

Articolo 4

Escussione della garanzia

Il Garante corrisponderà l'importo dovuto dal Contraente, nei limiti della somma garantita, entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante, - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l'indicazione del titolo per cui si richiede l'escussione e l'indicazione degli importi dovuti dal Contraente ai sensi dell'art. 103, commi 1 e 2, del Codice (con espressa esclusione degli importi di cui all'art. 104, comma 5, del Codice).

Tale richiesta dovrà pervenire al Garante, entro i termini di cui all'art. 2, ed essere formulata in conformità all'art. 6.

Il Garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. e rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ..

Resta salva l'azione di ripetizione verso la Stazione appaltante per il caso in cui le somme pagate dal Garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute dal Contraente o dal Garante (art. 104, comma 10, del Codice).

Articolo 5

Surrogazione - Rivalsa

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.

Il Garante ha altresì diritto di rivalsa verso il Contraente per le somme pagate in forza della presente garanzia (art. 104, comma 10, del Codice).

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

Articolo 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 o tramite PEC agli indirizzi indicati nella Scheda Tecnica.

Articolo 7

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..

Articolo 8

Rinvio alle norme di legge

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

CAPITOLO II – PARTICOLARI STRUMENTI DI GARANZIA

1. L'ANTICIPAZIONE CONTRATTUALE

Il decreto Rilancio (d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77 (in S.O. n. 25, relativo alla G.U. 18/07/2020, n. 180)) contiene un'importante novità, in materia di anticipazione del prezzo, che a determinate condizioni, può giungere fino al 30%.

In termini generali, si rammenta che l'art. 35, comma 18, Codice dei Contratti Pubblici prevede la possibilità per l'appaltatore di ottenere l'anticipazione del prezzo pari al 20% calcolato sul valore del contratto di appalto. Il pagamento deve essere effettuato entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione.

Più nel dettaglio, la norma dispone che *“Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione. L'erogazione dell'anticipazione, consentita*

anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'articolo 32, comma 8, del presente codice, è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione. La predetta garanzia è rilasciata da imprese bancarie autorizzate ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o assicurative autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'assicurazione e che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano la rispettiva attività. La garanzia può essere, altresì, rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso della prestazione, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione della prestazione non procede, per ritardi a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione della anticipazione”.

Questa disciplina costituisce il risultato di interventi sul testo originario apportati dal decreto Cura Italia, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni in legge 24 aprile 2020, n. 27.

Oggi, però, l'art. 207, comma 1, del decreto Rilancio, prevede che dalla data di pubblicazione del provvedimento e per le procedure indette entro il 30 giugno 2023, l'importo da anticipare all'appaltatore può essere elevato al 30% calcolato sul valore del contratto di appalto, tenendo *“conto delle risorse disponibili della stazione appaltante”*.

Anche la fattispecie dell'anticipazione contrattuale dispone di uno schema tipo (e di uno speciale per il caso di diversi garanti).

Ai sensi dell'art. 1 (Oggetto della garanzia), il garante si impegna nei confronti della stazione appaltante, nei limiti della somma garantita, alla restituzione, totale o parziale, dell'anticipazione non recuperata mediante trattenute nel corso dei lavori, compresa la maggiorazione degli interessi legali calcolati al tasso vigente, a seguito di provvedimento di decadenza dall'anticipazione.

L'efficacia della garanzia: a) decorre dalla data di erogazione dell'anticipazione; b) cessa alla data del recupero totale dell'anticipazione secondo il cronoprogramma dei lavori e, comunque, alla data di ultimazione degli stessi, risultante dal relativo certificato, allorché si estingue ad ogni effetto.

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

La somma garantita (art. 3) è pari al valore dell'importo dell'anticipazione erogata, maggiorato degli interessi legali calcolati al tasso vigente per il periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori. La garanzia è gradualmente ed automaticamente ridotta nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte della stazione appaltante.

Il garante corrisponderà (Art. 4 - Escussione della garanzia) l'importo dovuto dal contraente a titolo di residua anticipazione non recuperata, oltre ai relativi interessi legali, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l'indicazione del provvedimento di decadenza assunto dalla stazione appaltante e della somma dovuta a tale titolo.

Si tratta, dunque, ancora una volta di una fidejussione autonoma a prima richiesta, come desumibile anche dalle previsioni successive per cui il garante non godrà del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. e rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ..

L'anticipazione, tradizionalmente prevista per i soli lavori, è oggi ottenibile anche da imprese di servizi e forniture.

2 GARANZIE PER L'ESECUZIONE DI LAVORI DI PARTICOLARE VALORE.

La disciplina di interesse si compone anche delle previsioni dell'art. 104 del Codice dei Contratti Pubblici, che detta un regime specifico per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro.

E' previsto che il soggetto aggiudicatario presenti sotto forma di cauzione o di fideiussione (rilasciata dai soggetti innanzi indicati per la cauzione provvisoria), in luogo della garanzia definitiva di cui all'articolo 103, una garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, denominata "*garanzia di buon adempimento*", unitamente ad una garanzia di conclusione dell'opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal Codice dei Contratti Pubblici, denominata "*garanzia per la risoluzione*".

2.1. GARANZIA DI BUON ADEMPIMENTO.

La garanzia di buon adempimento è pari al 5% per cento fisso dell'importo contrattuale come risultante dall'aggiudicazione senza applicazione degli incrementi per ribassi e permane 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.

Secondo lo schema tipo 1.6, il garante si impegna nei confronti della stazione appaltante, nei limiti della somma garantita, al risarcimento dei danni da questa subiti in conseguenza del mancato o inesatto adempimento da parte del contraente delle obbligazioni previste nel contratto ed al pagamento delle somme disciplinate dalle norme sopra richiamate, con espressa esclusione dei maggiori costi, in quanto oggetto della garanzia «per la risoluzione».

Il garante, pertanto, si impegna al pagamento di quanto dovuto dall'appaltatore in caso di:

- a) inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto;
- b) risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse;
- c) rimborso:
 - i) delle maggiori somme pagate dalla stazione appaltante all'appaltatore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore;
 - ii) di quanto dovuto dall'aggiudicatario per le inadempienze derivanti dall'inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi di lavoro, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori addetti all'esecuzione dell'appalto o comunque presenti nei luoghi di esecuzione del contratto.

La garanzia è estesa alle obbligazioni accertate a carico del contraente con sentenza passata in giudicato derivanti dalla violazione degli impegni assunti con la sottoscrizione del protocollo di legalità eventualmente presente nei documenti di gara.

L'estensione opera a condizione che la violazione venga comunicata dalla stazione appaltante al garante nel periodo di validità della garanzia ed è limitata ad un importo pari al 10% della somma garantita al momento della suddetta comunicazione.

L'efficacia della garanzia:

a) decorre dalla data di stipula del contratto;

b) cessa alla data di emissione del certificato di collaudo o del certificato di regolare esecuzione e comunque decorsi 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato, allorché si estingue automaticamente ad ogni effetto (art. 104, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici).

La liberazione anticipata della garanzia rispetto alle scadenze indicate sub b) del comma precedente può aver luogo solo con la restituzione al garante da parte della stazione appaltante dell'originale della garanzia stessa con annotazione di svincolo o con comunicazione scritta della stazione appaltante al garante.

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

Il garante corrisponderà l'importo dovuto dal contraente, nei limiti della somma garantita, entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante, recante l'indicazione del titolo per cui si richiede l'escussione e l'indicazione degli importi dovuti.

Il garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. e rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ..

Si ritrovano dunque gli usuali tratti di autonomia a prima richiesta.

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.

Il garante ha altresì diritto di rivalsa verso il contraente per le somme pagate.

2.2. GARANZIA PER LA RISOLUZIONE.

La garanzia fideiussoria "*per la risoluzione*" di natura accessoria, opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal Codice dei Contratti Pubblici ed è di importo pari al 10% dell'importo contrattuale, fermo restando che, qualora l'importo in valore assoluto fosse superiore a 100 milioni di euro, la garanzia si intende comunque limitata a 100 milioni di euro.

La garanzia "*per la risoluzione*" copre, anche, nei limiti dei danni effettivamente subiti, i costi per le procedure di riaffidamento da parte della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore e l'eventuale maggior costo tra l'importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione originaria dei

lavori e l'importo contrattuale del riaffidamento dei lavori stessi, a cui sono sommati gli importi dei pagamenti già effettuati o da effettuare in base agli stati d'avanzamento dei lavori.

Quest'ultima garanzia è efficace a partire dal perfezionamento del contratto e fino alla data di emissione del certificato di ultimazione dei lavori, allorché cessa automaticamente; di contro, la garanzia "*per la risoluzione*" cessa automaticamente oltre che per la sua escussione, anche decorsi tre mesi dalla data del riaffidamento dei lavori.

Sono ripresentate anche in questo contesto le usuali peculiarità, per cui le garanzie in esame prevedono espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma c.c..

Lo schema tipo 1.5 stabilisce, riprendendo il codice dei Contratti Pubblici, che la garanzia è operante per i casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal codice stesso a cui segua il riaffidamento dei lavori non conclusi dal contraente per effetto della risoluzione.

Il garante si impegna nei confronti della stazione appaltante, nei limiti dei danni effettivamente subiti dalla stazione appaltante e, comunque, nel limite massimo della somma garantita, al risarcimento dei costi relativi alle procedure di riaffidamento dei lavori e dell'eventuale maggior costo tra importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione originaria dei lavori e importo contrattuale del riaffidamento dei lavori stessi, sommati i pagamenti effettuati al contraente o da effettuarsi in base agli stati d'avanzamento.

La garanzia:

- a) decorre dalla data di stipula del contratto;
- b) cessa automaticamente alla data di emissione del certificato di ultimazione lavori;
- c) cessa automaticamente a seguito della sua escussione;
- d) cessa automaticamente decorsi tre mesi dalla data del riaffidamento dei lavori.

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

Il garante è tenuto a corrispondere l'importo dovuto dal contraente, nei limiti dei danni effettivamente subiti dalla stazione appaltante e comunque nel limite massimo della somma garantita, entro il termine di 30 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della stazione appaltante, recante l'indicazione del titolo per cui si richiede l'escussione, inviata per conoscenza anche al contraente.

Tale comunicazione deve contenere l'indicazione:

- a) del riaffidamento dei lavori non terminati dal precedente contraente;
- b) dell'importo contrattuale del riaffidamento;
- c) dei costi sostenuti per la procedura di riaffidamento;
- d) dei pagamenti effettuati al contraente o da effettuarsi per stati d'avanzamento lavori;
- e) dei conseguenti maggiori costi dell'appalto rispetto all'aggiudicazione originaria.

Il garante non gode del beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 cod. civ. e rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, cod. civ.. Resta salva l'azione

di ripetizione verso la stazione appaltante per il caso in cui le somme pagate dal garante risultassero parzialmente o totalmente non dovute dal contraente o dal garante.

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.

Il garante ha altresì diritto di rivalsa verso il contraente per le somme pagate.

3. POLIZZA DI ASSICURAZIONE DANNI NEL CORSO DELL'ESECUZIONE DEI LAVORI.

Secondo l'art. 103 del Codice, 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 assicurazione 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.

Questa polizza assicura la stazione appaltante contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori, è il suo massimale è pari al 5% della somma assicurata per le opere con un minimo di € 500.000 ed un massimo di € 5.000.000.

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 polizza 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.

4. POLIZZA INDENNITARIA DECENNALE.

Per i lavori di importo superiore al doppio della soglia di cui all'articolo 35, il titolare del contratto, onde poter ottenere 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 polizza 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 occorrano consensi ed autorizzazioni di qualunque specie.

Si configura dunque come una assicurazione autonoma a prima richiesta.

Il limite di indennizzo della polizza decennale non deve essere inferiore al 20% per cento del valore dell'opera realizzata e non superiore al 40%, nel rispetto del principio di proporzionalità avuto riguardo alla natura dell'opera.

5. ASSICURAZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER DANNI CAGIONATI A TERZI.

L'esecutore dei lavori infine è obbligato a stipulare, per i lavori del precedente paragrafo una polizza 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% del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 € ed un massimo di 5.000.000 €.

6. LE GARANZIE DELLE SOCIETÀ DI PROGETTAZIONE.

Come esplicitato anche dall'Anac (cfr. Linee Guida n. 1 "*Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*"), tra i principi fondamentali in materia di servizi di progettazione figura quello per cui la stazione appaltante può chiedere soltanto la prestazione di una copertura assicurativa per la responsabilità civile professionale, per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di competenza ma non anche la c.d. cauzione provvisoria per i concorrenti agli incarichi di progettazione, redazione del piano di sicurezza e coordinamento e dei compiti di supporto al RUP (art. 93, comma 10, Codice dei Contratti Pubblici).

La stazione appaltante, però, è tenuta a verifica che la polizza di responsabilità civile professionale del progettista esterno copra anche i rischi derivanti da errori o omissioni nella redazione del progetto esecutivo o definitivo che abbiano determinato a carico della stessa nuove spese di progettazione e/o maggiori costi.

I progettisti non sono esentati dall'obbligo di presentazione della cauzione definitiva.

7. CESSIONE DI IMMOBILI IN CAMBIO DI OPERE

Come è noto, ai sensi dell'art. 191 del Codice dei Contratti Pubblici, un bando può prevedere a titolo di corrispettivo, totale o parziale, il trasferimento all'affidatario o, qualora l'affidatario vi abbia interesse, a soggetto terzo da questo indicato (purché in possesso dei prescritti requisiti di cui all'art. 80), della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture e che non assolvono più, secondo motivata valutazione della amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, funzioni di pubblico interesse.

Il bando di gara può prevedere che il trasferimento della proprietà dell'immobile e la conseguente immissione in possesso dello stesso avvengano in un momento anteriore a quello dell'ultimazione dei lavori, previa presentazione di idonea garanzia fideiussoria per un valore pari al valore dell'immobile medesimo. La garanzia fideiussoria, rilasciata dai soggetti di cui all'articolo 93, comma 3 del Codice dei Contratti Pubblici, prevede espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

La fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva.

CAPITOLO III – IL REGIME DELLE GARANZIE TRA REGOLAMENTAZIONE DELL’ANAC E PRINCIPI GIURISPRUDENZIALI

Ricostruiti i tratti salienti degli istituti, nel seguito si procederà a calarli nella realtà della pratica, evidenziando in che modo la loro applicazione sia stata “vissuta” da ANAC e giurisprudenza.

1. L’ANAC IN MATERIA DI GARANZIE SUL CALCOLO DELL’IMPORTO DELLA GARANZIA

Secondo l’ANAC (*cfr.* Delibera 3 agosto 2016, n. 848) in base all’interpretazione giurisprudenziale e della prassi in materia, l’importo posto a base dell’appalto su cui effettuare il calcolo percentuale sia della garanzia provvisoria che definitiva deve ricomprendere, nel caso delle concessioni, l’importo totale comprensivo dei previsti corrispettivi che verseranno gli utenti per i servizi in concessione e del canone di locazione dell’immobile.

Più in generale, si rinvia in giurisprudenza questo risalente insegnamento per cui (*cfr.* T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 10 aprile 2006, n. 553) la misura della fideiussione è fissata percentualmente assumendo quale base l’importo complessivo dei lavori pubblici per cui l’importo della garanzia, va individuato, percentualmente, assumendo quale base di calcolo l’importo dei lavori comprensivo anche degli oneri di sicurezza, in quanto l’importo complessivo dei lavori posto a base di gara, si ottiene dalla somma tra l’importo posto a base d’asta (ribassabile) e l’importo degli oneri per la sicurezza (non ribassabile).

In generale, seguendo la prassi applicativa (*cfr.* in particolare <https://www.tuttocauzioni.it/faq/come-si-calcola-la-cauzione-definitiva/>), valgono le seguenti regole:

- nel caso in cui l'aggiudicazione della gara avvenisse con un ribasso d'asta superiore al 10%, l'importo della garanzia sarà aumentato di tanti punti percentuali quanti quelli eccedenti il 10%;
- nel caso in cui l'aggiudicazione della gara avvenisse con un ribasso d'asta superiore al 20%, l'aumento è di 2 punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20%.

In <https://www.tuttocauzioni.it/faq/come-si-calcola-la-cauzione-definitiva/> si rinviene il seguente esempio concreto: una determinata impresa vince la gara d'appalto in cui la somma da garantire, per l'esecuzione di lavori o per la fornitura di servizi, al netto del ribasso offerto, sia pari a 100.000 euro, compresi gli oneri per la sicurezza.

Vanno considerati tre ipotetici ma indicativi ribassi d'asta:

1 – il ribasso è superiore al 20%: nel caso in cui il ribasso d'asta fosse del 30%, la somma garantita sarà uguale a 100.000 euro moltiplicato per il 40% - 40.000 euro;

2 – il ribasso è inferiore al 20% ma superiore al 10%: nel caso in cui il ribasso d'asta fosse del 17%, la somma garantita sarà uguale a 100.000 euro moltiplicato per il 17% - 17.000 euro;

3 – il ribasso è inferiore al 10%: nel caso in cui il ribasso d'asta fosse del 7%, la somma garantita sarà uguale a 100.000 euro moltiplicato per il 10% - 10.000 euro.

<https://www.tuttocauzioni.it/faq/come-si-calcola-la-cauzione-definitiva/> propone anche un prospetto indicativo per individuare l'ammontare della garanzia definitiva:

100.000	5%	100.000 x 10%	10.000
100.000	6%	100.000 x 10%	10.000
100.000	7%	100.000 x 10%	10.000
100.000	8%	100.000 x 10%	10.000
100.000	9%	100.000 x 10%	10.000
100.000	10%	100.000 x 10%	10.000
100.000	11%	100.000 x 11%	11.000
100.000	12%	100.000 x 12%	12.000
100.000	13%	100.000 x 13%	13.000
100.000	14%	100.000 x 14%	14.000
100.000	15%	100.000 x 15%	15.000
100.000	16%	100.000 x 16%	16.000
100.000	17%	100.000 x 17%	17.000

100.000	18%	100.000 x 18%	18.000
100.000	19%	100.000 x 19%	19.000
100.000	20%	100.000 x 20%	20.000
100.000	21%	100.000 x 22%	22.000
100.000	22%	100.000 x 24%	24.000
100.000	23%	100.000 x 26%	26.000

Inoltre, come già riferito, la presentazione di determinati attestati e certificazioni può permettere di ottenere uno sconto sulla somma garantita.

Inoltre, come innanzi segnalato, il costo della sicurezza rimane invariato ed è escluso da qualsivoglia riduzione.

2. ANAC - SULLA PROPORZIONALITÀ DELLA GARANZIA

In diverse occasioni l'ANAC si è occupato di garanzie in materia di contratti pubblici. Da ultimo, lo ha fatto con la Delibera n. 1112 del 16 dicembre 2020. In quella occasione, l'ANAC – considerato il tenore dell'art. 93, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici – ha affermato che *“deve riconoscersi la possibilità per la Stazione Appaltante di”* derogare alle predette norme *“fermo restando che devono essere salvaguardati sempre i principi di proporzionalità, ragionevolezza e par condicio cosicché l'importo della garanzia deve risultare proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto”*.

L'ANAC ha così specificato che *“sia rispondente al principio di proporzionalità e concorrenza una richiesta della garanzia per la stipula dell'Accordo Quadro che sia commisurata a un valore massimo previsto per l'importo complessivo dell'Accordo Quadro per l'arco dei 48 mesi”*, in quanto funzionale a garantire il rispetto dell'esecuzione dell'accordo quadro da parte dell'aggiudicatario per il tempo previsto di durata dello stesso. Al tempo stesso l'ANAC ha ritenuto *“in contrasto con il principio di proporzionalità e par condicio un'eventuale richiesta della cauzione commisurata a un valore dell'Accordo Quadro relativo ai lavori da collaudare e non al valore complessivo ipotizzabile dei servizi di collaudo per i quali risulta aggiudicatario, secondo un criterio differente rispetto al criterio seguito per i Sub-lotti Prestazionali nn. 1, 2 e 3, l'importo della garanzia dovendo risultare proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto”*.

3. ANAC - APPALTI SOTTOSOGLIA – CHIARIMENTI

In tema di contratti pubblici, l' art. 93, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici, relativo alle garanzie per la partecipazione alla procedura, stabilisce che, nei casi di cui alla lett. a), dell'articolo 36, comma 2, del medesimo, è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia fideiussoria provvisoria.

Inoltre, l'art. 103, comma 11, del Codice dei Contratti Pubblici, prevede che per gli appalti di cui alla lett. a), dell'articolo 36, comma 2, n. 50 è facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere la garanzia definitiva, sotto forma di cauzione o fideiussione, prevista dal medesimo art. 103.

La lett. a), dell'art. 36, comma 2, del Codice dei Contratti Pubblici riguarda gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta.

Si tratta di previsioni declinate anche dall'ANAC nelle Linee guida n. 4, a tenore delle quali: *“In caso di affidamento diretto, è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia provvisoria di cui all'articolo 93, comma 1, del Codice dei contratti pubblici. La stazione appaltante ha, altresì, la facoltà di esonerare l'affidatario dalla garanzia definitiva di cui all'articolo 103 del Codice dei contratti pubblici, in casi specifici, e alle condizioni dettate dal comma 11 del citato articolo 103”*.

In proposito, l'ANAC con la Delibera del 27 febbraio 2019, n. 140 ha chiarito che nei casi di contratti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante procedure diverse dall'affidamento diretto, le stazioni appaltanti sono tenute a richiedere la garanzia provvisoria e la garanzia definitiva.

4. LA GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI GARANZIE - GARANZIA PROVVISORIA: AMMISSIBILITA' E LIMITI DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.

Sul tema, pare interessante richiamare la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il Codice dei Contratti Pubblici la commini espressamente, sia nell'ipotesi in cui esso imponga *“adempimenti doverosi”* o introduca, comunque, *“norme di divieto”* pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*.

In questa prospettiva, considerata l'essenziale funzione svolta dalla garanzia provvisoria in vista della conclusione del contratto da parte dell'aggiudicatario, la clausola del disciplinare di gara che, in caso di sua mancata presentazione, stabilisca l'esclusione dalla procedura di gara non può essere tacciata di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Non si tratta, tuttavia, di esclusione immediata, perché è sempre ammesso il soccorso istruttorio, avviato il quale la stazione appaltante verifica se la mancata produzione del documento rappresentativo della garanzia provvisoria sia frutto di un mero errore o di una mera dimenticanza all'atto di allegare la documentazione alla domanda di partecipazione.

In questa prospettiva, è stata esclusa la regolarizzabilità della polizza fideiussoria mediante l'apposizione della sottoscrizione della mandante sulla polizza stessa rilasciata e intestata alla sola

mandataria, successivamente all'intervenuta scadenza della presentazione delle offerte e della relativa documentazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483).

Si tratta di principi ribaditi anche dalla giurisprudenza più recente di primo grado: *“Nelle gare d'appalto gli adempimenti formali richiesti per la polizza assicurativa sono finalizzati, avuto riguardo agli effetti tipici del negozio assicurativo, alla tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia e non sono surrogabili da altre modalità documentali, diverse da quelle che la stazione appaltante ha imposto con le clausole recate dal disciplinare di gara e ribadite con richiesta di c.d. soccorso istruttorio”* (cfr. T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 5 maggio 2021, n. 430).

Ciò però nella consapevolezza della presenza di orientamenti anche più severi. Si veda e.g. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 dicembre 2020, n. 14111, per cui: *“il soccorso istruttorio previsto dall' art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 permette di ovviare alle irregolarità della garanzia provvisoria già tempestivamente prodotta (anche per le ipotesi di invalidità sopravvenuta) o anche di esibire tardivamente una fideiussione già formata nei termini, ma non di sopperire all'omissione del deposito nel termine indicato dalla legge di gara, attraverso la formazione di un nuovo documento, tale da riflettersi sull'integrità dell'offerta. Si verte, infatti, in quest'ultimo caso, in un'ipotesi di “mancata costituzione” della garanzia, alla quale non può che seguire l'esclusione dalla gara”*.

5. LA GIURISPRUDENZA SULLA GARANZIA DEFINITIVA – INCAMERAMENTO E GIURISDIZIONE - ANTIMAFIA.

Costituisce intendimento confermato anche di recente, quello per cui la condotta della concorrente che ha dato causa alla revoca degli esiti della gara e alla conseguente impossibilità di adempiere, risultando priva dei presupposti di integrità, determina l'incameramento della cauzione definitiva prestata dalla stessa a garanzia della sottoscrizione del contratto (cfr. T.A.R. Aosta, sez. I, 24 febbraio 2021, n. 15).

Al tempo stesso, è stato chiarito che non ogni evento della fase esecutiva di un contratto pubblico è coperto dalla cauzione definitiva, dal momento che (cfr. T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 gennaio 2020, n. 48) in un appalto pubblico la cauzione definitiva copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento, presupponendo, quindi, l'imputabilità al debitore della mancata esecuzione della prestazione; pertanto, è illegittimo l'incameramento della cauzione definitiva disposto nei confronti di un consorzio che abbia subito l'intervenuta adozione di una misura interdittiva antimafia disposta in relazione ad alcune delle imprese partecipanti al consorzio medesimo e per fatti in relazione ai quali quest'ultimo era estraneo.

Discordante in giurisprudenza è la individuazione della giurisdizione. Per il T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 5 marzo 2018, n. 1395, le controversie aventi ad oggetto l'escussione della cauzione definitiva o della polizza fideiussoria, rilasciate a garanzia dell'adempimento degli obblighi assunti dal partecipante ad una gara d'appalto, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, atteso che la domanda di accertamento dell'inesistenza della debenza dell'importo preteso dall'ente e di manleva in relazione a quanto eventualmente da pagarsi a quest'ultimo riguardano comunque il rapporto privatistico. Di contro, secondo il Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2018, n. 1695, sia pur riferito alla cauzione provvisoria, la controversia relativa all'escussione della garanzia per la mancata stipulazione del contratto rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché è atto della stazione appaltante inerente all'aggiudicazione dell'appalto, che rientra nella fase

procedimentale ad evidenza pubblica di scelta del contraente (*cf.* Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2007, n. 4424).

6. LA GIURISPRUDENZA SULLA GARANZIA DEFINITIVA – LA CAUZIONE DEFINITIVA QUALE CLAUSOLA IMMEDIATAMENTE ESCLUDENTE.

Secondo costante giurisprudenza, è ammessa l'immediata impugnazione dei bandi di gara (senza dover attendere gli esiti della procedura) in presenza di "*clausole immediatamente escludenti*". La casistica segnala le seguenti fattispecie:

- a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;
- b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile;
- c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta;
- d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente;
- e) clausole impositive di obblighi *contra ius*.

Tra queste ultime, la giurisprudenza segnala anche il caso delle cauzioni definitive pari all'intero importo dell'appalto (*cf.* Consiglio di Stato, sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358).

7. VALIDITÀ TEMPORALE DELLA GARANZIA.

Ove il termine di validità della garanzia, 180 giorni rinnovabili di altri 180 dalla data di scadenza della presentazione delle offerte, sia scaduto senza che siano intervenuti ulteriori rinnovi, viene meno l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva, richiesto ai sensi dell'art. 75, comma 8, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, a pena di esclusione (*cf.* Consiglio di Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 661).

8. TERMINE PER LA PRESENTAZIONE DELLA CAUZIONE DEFINITIVA E RELATIVE CONSEGUENZE.

Secondo la giurisprudenza, la circostanza che la *lex specialis* non preveda un termine per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto, tra cui quella comprovante la costituzione della cauzione definitiva, non impedisce all'amministrazione di imporre un termine perentorio per l'espletamento di tale adempimento: ciò risponde, invero, alla finalità di evitare che la fase provvisoria si protragga indefinitamente (*cf.* TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 2 settembre 2005, n. 6527; TAR Liguria, sez. II, 19 febbraio 2005, n. 266; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 luglio 2006, n. 7610; Consiglio di Stato, V, 6 luglio 2002, n. 3718, secondo cui "*la stazione appaltante, in effetti, pur in assenza di riferimenti specifici nella normativa di gara, ben poteva*

imporre, di suo, un termine perentorio per la produzione della documentazione in parola da parte dell'aggiudicatario provvisoria, anche per evitare che si protraesse indefinitamente la fase preliminare al perfezionamento della procedura e quindi all'operatività dell'affidamento del servizio, purché, sia chiaro, il termine fosse ragionevole e congruo") e ad assicurare il rispetto dell'obbligo, che grava sulle parti, di addivenire alla stipula del contratto, entro il termine previsto all'art. 32, comma 8 del Codice dei Contratti Pubblici.

“La mancata presentazione della garanzia, entro il termine prestabilito, costituisce, infatti, giusto motivo di revoca della aggiudicazione: ciò in quanto essa costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del disciplinare di gara (l'art. 11), che prevede, tra i documenti da presentare a pena di esclusione, la costituzione della cauzione definitiva (cfr. Consiglio Stato, sez. IV, 20 aprile 2010, n. 2199; sez. VI, 25 gennaio 2008; sez. V, 21 aprile 2006, n. 2267) ed a quanto previsto dall'amministrazione con la nota del 24 novembre 2016, atto con cui l'amministrazione si è autovincolata a dare applicazione alla sanzione della perdita dell'aggiudicazione nel caso di mancato rispetto del termine assegnato.

Inoltre, ai sensi dell'art. 103, c. 3, d.lgs. n. 50/2016, “la mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria”.

L'amministrazione non era quindi onerata di motivare il provvedimento di revoca con sopravvenuti motivi di interesse pubblico né di concedere un nuovo termine per consentire alla ricorrente di produrre la documentazione mancante” (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, 24 agosto 2017, n. 1766, nonché Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2018, n. 738).

CONCLUSIONI

Si spera di esser riusciti, nelle pagine precedenti, ad illustrare non tanto le sole specifiche dinamiche giuridiche degli istituti trattati ma di averne tracciato anche la funzione sociale e, dunque, costituzionale.

Costituzionale perché il sistema fidejussorio nel Codice dei Contratti Pubblici, per le ragioni che si sono espone, realizza obiettivi di sicurezza pubblica (art. 97 Cost.), senza costituire un onere eccessivamente gravoso per gli operatori economici, inverando in tal modo il principio della libera intrapresa (art. 41 Cost.).

Per questa ragione, non può che guardarsi con scetticismo a quelle iniziative – ciclicamente ricorrenti nel dibattito pubblico – che credono di poter superare alcune criticità operative, invero comunque gestibili, eliminando il sistema delle garanzie definitive e sostituendolo con una sorta di ritenuta generale (alle volte quantificata nel 10% del valore del contratto, alle volte finanche al 20%) che le stazioni appaltanti avrebbero titolo per trattenere dal prezzo di contratto e liberare per scaglioni di stato di avanzamento dei lavori.

Senza contare l'intrinseca contraddizione – questa sì operativa – con il regime delle anticipazioni contrattuali (elevato dalla più recente legislazione fino al 30% del valore del contratto), è evidente che una simile soluzione finirebbe per indebolire l'operatore economico privandolo di slancio finanziario anzitutto nella fase iniziale della commessa; tutto ciò, però, non potrebbe che avere effetti di sistema indesiderati anche per le committenze pubbliche, ovverosia proprio per quegli interlocutori che si vorrebbe meglio garantire.

Fin dalle prime pagine di questo elaborato, non sono state affatto sottaciute lacune e insufficienze del sistema delle garanzie, individuate *in primis* in un regime regolatorio che non ha saputo ostacolare l'ingresso di operatori transfrontalieri che hanno prima rastrellato richieste di garanzia provenienti dal mercato, salvo poi dissolversi lasciando così indifeso il mondo delle commesse pubbliche. Al tempo stesso, gli indici di *rating* che oggi le aziende assicurative sono tenute ad applicare se per un verso adempiono ad una funzione di solidità e affidabilità del sistema, per altro determinano una restrizione del novero degli operatori economici in grado di accedere al mercato. Nella sostanza, questi due fattori realizzano un corto circuito logico operativo che produce effetti indesiderati quali la perdita di competitività e di pluralismo tra imprese e, paradossalmente, la perdurante operatività di assicuratori speculativi.

Ma il sistema della cauzioni pubbliche resta fondamentale perché continua ad essere il più economico per le imprese ed è a propria volta esso stesso volano imprenditoriale, sicché tutto torna all'urgenza di regole europee non solo omogenee ma realistiche, perché tarate sulla realtà economica dei singoli Stati membri dell'Unione. Ciò peraltro senza sottacere che gli eventi complessi e drammatici di questi anni (pandemia, guerra e crisi economico-energetica) non possono portare ad escludere in partenza la possibilità di immaginare anche la (temporanea) predisposizione di un sistema di controgaranzie pubbliche.

In questa prospettiva la dimensione costituzionale del sistema sembra riemergere del tutto appropriatamente.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2019, n. 4463.

T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 febbraio 2020, n. 1553.

Rapporto pubblicato da ANIA

<https://lamministrativista.it/articoli/news/giurisdizione-ordinaria-sulle-controversie-tema-di-escussione-della-cauzione-garanzia>

www.tidona.com/le-differenze-tra-fideiussione-bancaria-e-contratto-autonomo-di-garanzia-lobbligo-del-garante-di-pagare-immediatamente-senza-possibilita-di-portare-

[eccezioni/#:~:text=Il%20contratto%20autonomo%20di%20garanzia,senza%20potere%20sollevare%20eccezioni%20\(%E2%80%9Csenza](#)