

# Cauzione a corredo dell'offerta e cauzione definitiva: lacune ed incertezze, in attesa del regolamento

T.A.R. Calabria, Catanzaro, 15 aprile 2008, n. 416 - Pres. Romano - Est. Anastasi - Impresa Costruzioni Edile e Stradale Filippelli geom. Rosario c. Provincia di Cosenza ed altri

*Anche dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti, per le polizze di garanzia fideiussoria da presentare in sede di gara continua a trovare applicazione il D.M. 12 marzo 2004, n. 123 – emanato in attuazione dell'art. 9, comma 59 della L. 18 novembre 1998, n.415 - che contiene in allegato gli schemi di polizza tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previste dall'art. 30 della L. n. 109/1994. I concorrenti pertanto devono presentare in gara contratti fideiussori conformi ai suddetti schemi.*

## IL COMMENTO

*di Arrigo Varlaro Sinisi*

---

*L'autore, nel commento che segue, avanza alcune riserve in relazione all'affermazione contenuta nella sentenza in epigrafe, laddove si legge che i contratti fideiussori da presentare in gara devono essere conformi agli schemi allegati al D.M. n. 123/2004; tale riserva deriva dal fatto che la legge sulla base della quale è stato emanato il suddetto decreto, è stata abrogata dal codice dei contratti.*

*Con l'occasione, l'autore evidenzia lacune e contraddizioni presenti nella normativa che disciplina la materia delle garanzie fideiussorie, che al momento non trovano soluzione neanche nello schema di regolamento di attuazione del codice, di prossima emanazione.*

---

Il TAR Calabria sezione di Catanzaro è stato chiamato a definire una controversia nella quale erano stati impugnati gli atti di una gara indetta dalla Provincia di Cosenza, per l'affidamento di lavori di adeguamento sismico e di manutenzione straordinaria dell'Istituto IPSIA, in conseguenza dell'esclusione del ricorrente dalla gara. Tale impugnazione era motivata in ragione del fatto che la garanzia presentata a titolo di cauzione

provvisoria non riportava l'indicazione del luogo d'esecuzione dei lavori, e quindi non individuava in modo univoco l'oggetto del contratto.

La ricorrente, tra i motivi a fondamento del ricorso, ha sostenuto, tra l'altro, che la polizza di garanzia fideiussoria presentata in allegato alla domanda di partecipazione alla gara conteneva nel dettaglio tutte le indicazioni previste dal bando, per cui, in effetti, non sarebbero dovuti residuare dubbi in ordine alla riferibilità di detta polizza ai lavori dell'Istituto IPSIA di Cosenza.

Il giudice amministrativo ha deciso la controversia sulla base di quanto previsto dalle norme in materia di garanzie provvisorie, ed in particolare dall'art. 9, comma 59, della L. 18 novembre 1998 n. 415<sup>1</sup>; dal Decreto del Ministero delle attività produttive 12 marzo 2004 n. 123<sup>2</sup>; dagli artt. 1936 ss. del codice civile, dedicati alla disciplina del contratto di fideiussione.

---

<sup>1</sup> Secondo cui "gli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fideiussorie previste dall'art. 30 della L. n. 109 del 1994 sono approvati con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dei lavori pubblici, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

<sup>2</sup> Ai sensi del quale: «Sono approvati gli schemi di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative previste dagli artt. 17 e 30 della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., e dal regola-

Al di là del caso specifico, la sentenza in epigrafe offre lo spunto per alcune brevi considerazioni *de jure condendo* e *de jure condito* in materia cauzione provvisoria e cauzione definitiva.

### Il D.M. 12 marzo 2004, n. 123: abrogato o ancora in vigore?

La sentenza in epigrafe ha deciso la controversia anche sulla base di quanto stabilito dal D.M. n. 123 del 12 marzo 2004.

Tale decreto interministeriale - adottato dal Ministro delle attività produttive di concerto con quello delle infrastrutture e dei trasporti - riporta, in allegato, gli "schemi" delle cauzioni e delle polizze previsti all'art. 30 della L. n. 109/1994 e s.m.i. (norma, quest'ultima, ora confluita nel codice, agli artt. 75 e 113, rubricati rispettivamente, "*Garanzie a corredo dell'offerta*" e "*Cauzione definitiva*").

Orbene, la questione sulla quale ci si interroga è se il suddetto decreto, dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti, sia ancora in vigore.

Sul piano esegetico, il dilemma sembrerebbe poter essere risolto avendo riguardo alla genesi del decreto stesso.

Il punto di partenza è l'art. 30 della L. n. 109/1994. Tale norma non conteneva alcuna previsione circa la necessità di adottare degli schemi di polizza tipo.

Un esplicito riferimento in tale senso lo troviamo solo nel D.P.R. n. 554 del 1999, ed in particolare all'art. 107, comma 4, ancora oggi in vigore.

Tale disposizione prevede che: «Le fidejussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dell'industria di concerto con il Ministro dei lavori pubblici». Secondo la citata norma regolamentare, dunque, le fidejussioni avrebbero dovuto uniformarsi a dei modelli tipo da adottarsi con decreto interministeriale.

A ben vedere, prima ancora dell'emanazione del D.P.R. n. 554/1999, l'art. 9 comma 59 della L. n. 415/1998 - cd. *Legge Merloni ter* - aveva previsto che entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge medesima, avrebbero dovuto essere adottati gli schemi di polizza tipo previsti all'art. 30 della L. n. 109/1994 e s.m.i. Schemi che, come noto, sono stati adottati solo con il D.M. 12 marzo 2004 n. 123.

È quindi possibile affermare che il D.M. n. 123/2004 è una diretta emanazione della L. n. 415/1998.

dal momento che la L. n. 415/1998 è stata espressamente abrogata dall'art. 256, comma 1 del codice dei contratti, quale sorte ha avuto il D.M. n. 123/2004 che, come visto, è stato originato da tale legge?

### Il parere n. 18/2008 dell'Autorità

La questione è stata apparentemente risolta dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, in un recente parere: il n. 18 del 23 gennaio 2008.

L'Organo di vigilanza è dell'avviso che fino all'entrata in vigore del regolamento esecutivo del codice, giusto quanto previsto all'art. 253, comma 3 del D.Lgs. n. 163/2006, continuano ad applicarsi "le disposizioni regolamentari vigenti - tra cui il D.M. 12 marzo 2004 n. 123 - nei limiti di compatibilità con il codice dei contratti pubblici".

L'Autorità sembra quindi voler legare le sorti del D.M. n. 123/2004 all'emanando regolamento del codice dei contratti.

Tale opzione interpretativa tuttavia non persuade.

L'art. 253, comma 3, infatti, stabilisce che fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento di cui all'art. 5 del codice, continuano ad applicarsi, oltre al D.P.R. n. 554/1999 e al D.P.R. n. 34/2000, anche "le altre norme regolamentari vigenti che, in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'art. 5".

Ebbene, l'art. 5 del codice non contiene alcuna menzione al presunto "regolamento" che dovrebbe approvare i nuovi schemi di polizza e le nuove fidejussioni.

Da qui le perplessità sulla soluzione adottata dall'Autorità.

Il codice dei contratti contiene invece un espresso riferimento agli schemi di polizza-tipo concernenti le coperture assicurative e le garanzie fidejussorie all'art. 253, comma 6. Secondo tale norma gli schemi-tipo in questione sarebbero dovuti essere adottati con decreto del Ministro delle attività produttive di concerto con quello delle infrastrutture, entro 60 giorni dall'entrata in vigore del codice medesimo.

Manca invece qualunque riferimento all'art. 5 del codice; circostanza, questa, che conferma che tra il regolamento di attuazione del codice ed il decreto ministeriale che dovrà adottare i nuovi schemi tipo delle garanzie fidejussorie, non vi è relazione alcuna.

Al contrario, sull'argomento giova rilevare quanto previsto all'art. 256 comma 5 dello stesso codice: «gli altri regolamenti e decreti ministeriali previsti dal presente codice, ove sono destinati a sostituire precedenti regolamenti e decreti ministeriali, elencano le norme abrogate, con decorrenza dalla loro entrata in vigore».

Sulla base di questa previsione - ed allo scopo di superare il vuoto normativo che si è venuto a creare con l'abrogazione della L. n. 415/1998 - potrebbe sostenersi che in virtù di quanto previsto all'art. 253 comma 6, il D.M. n. 123/2004 resterà in vigore almeno fino a quando non sarà sostituito dal nuovo decreto ministeriale previsto al citato art. 256, comma 5.

Al di là della questione se il D.M. n. 123/2004 debba ritenersi o meno ancora in vigore, il menzionato parere dell'Autorità offre lo spunto per un'ulteriore riflessione su quale sia la natura del decreto, e quindi quali gli effetti che lo stesso è destinato a produrre.

---

mento di attuazione approvato con D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.

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

## Natura giuridica del D.M. 123/2004

Il D.M. n. 123/2004, al di là degli schemi delle singole polizze di garanzia, è costituito da un preambolo e da alcune norme comuni a tutti gli schemi; ulteriori norme sono poi contenute all'interno di ciascuno schema.

Per quel che concerne gli schemi della garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria e quello della garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva, essi contengono, al proprio interno, una disciplina di dettaglio agli artt. da 1 a 9.

Il quesito che si pone è se le previsioni contenute nelle suddette norme – sia in quelle comuni a tutte le polizze, sia in quelle proprie di ciascuno schema – siano o meno capaci di produrre effetti vincolanti.

Per tentare di comprendere ciò, occorre soffermarsi sulla natura giuridica del decreto in commento, al fine di scoprire se esso abbia o meno valore regolamentare.

La questione non è di poco conto se si considera che se solo una parte delle disposizioni ivi contenute appaiono sostanzialmente ripetitive di quanto già previsto dalla L. n. 109/1994 e dal relativo regolamento di attuazione; altre disposizioni stabiliscono invece regole nuove, che attribuiscono diritti e doveri e fissano formalità da seguire<sup>3</sup>.

Della questione in passato si è occupato il Consiglio di Stato, in occasione di due pareri resi sullo schema del decreto n. 123/2004 (Sezione Consultiva degli atti normativi, parere n. 1635 reso nell'Adunanza del 3 giugno 2002, e parere n. 580 del 10 marzo 2003).

In particolare ne tratta il parere n. 1635/2002, prendendo spunto dalla relazione ministeriale di accompagnamento dello schema di decreto medesimo, laddove si legge “le disposizioni contenute nel cd. schema-tipo “hanno un contenuto generale ed astratto” e “si pongono con effetti che vogliono essere impegnativi e vincolanti”, per affermare la natura regolamentare del decreto in questione. In altre parole, il decreto avrebbe valore normativo per il semplice fatto che si vuole attribuire un effetto impegnativo e vincolante alle disposizioni ivi contenute.

<sup>3</sup> È il caso, ad esempio, di quanto previsto all'art. 5 (il cui contenuto è identico per entrambi gli schemi), secondo cui “il Garante, nei limiti delle somme pagate, è surrogato alla Stazione appaltante in tutti i diritti, ragioni ed azioni verso il contraente, i suoi successori ed aventi causa a qualsiasi titolo.

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

Tale norma impone un obbligo di cooperazione a carico della stazione appaltante, che non troviamo in alcuna previsione codicistica o del regolamento.

Altrettanto dicasi per quanto stabilito al successivo articolo 6: «Tutte le comunicazioni e notifiche al Garante dipendenti dalla presente garanzia, per essere valide, devono essere fatte esclusivamente con lettera raccomandata indirizzata alla sede del Garante».

Un adempimento che potrebbe portare a sollevare dubbi sulla regolarità formale di comunicazioni effettuate all'indirizzo e con modalità diverse da quelle indicate dalla norma.

In altri termini, se si propende per la tesi che il decreto in commento ha natura di regolamento normativo, allora si dovrà convenire che tutte le disposizioni in esso contenute sono inderogabili dall'autonomia negoziale delle parti.

Tale affermazione suscita qualche riserva, e non tanto per il fatto che si vuole attribuire al decreto un effetto *impegnativo* e *vincolante*, dal momento che tale effetto potrebbe appartenere, almeno in astratto – come rileva lo stesso Consiglio di Stato – anche agli atti amministrativi generali, ma per l'*iter* logico seguito, laddove si parte dagli effetti che si vogliono produrre con l'atto, per risalire alla natura giuridica dell'atto stesso.

Non a caso il Consiglio di Stato ricerca anche altrove le ragioni dalle quali trarre la natura regolamentare del decreto in esame, e lo fa avendo riguardo alla circostanza che gli “schemi di polizze tipo” costituiscono una “integrazione del regime normativo in materia”, derogabile soltanto per mezzo di un provvedimento che abbia anch'esso natura di atto normativo.

Ed in effetti, che gli “schemi di polizze tipo” costituiscano un modello inderogabile dall'autonomia privata è previsto dall'art. 107, comma 4 del D.P.R. n. 554/1999, secondo cui gli schemi di polizza devono essere “conformi allo schema tipo approvato con decreto”.

Ma tanto vale ad affermare la natura regolamentare del decreto di cui trattasi?

A favore della tesi della natura di atto generale amministrativo sembrerebbe invece schierarsi una diversa considerazione.

La materia delle garanzie, sotto il vigore della L. n. 109/1994 e s.m.i. era contenuta all'art. 30. Ebbene, l'art. 3 della L. n. 109/1994, nel dettare le regole della *delegificazione*, ha demandato alla potestà regolamentare del Governo solo due regolamenti: quello di attuazione della stessa legge quadro, e quello per la disciplina del sistema di qualificazione delle imprese che operano nel settore dei lavori pubblici (invero, anche il nuovo capitolato generale amministrativo, seppure emanato con la forma del decreto ministeriale, ha valore di regolamento, ma ciò poiché lo stesso è stato adottato ai sensi dell'art. 17, comma 3 della L. 23 agosto 1988, n. 400).

Dunque l'art. 3 della L. n. 109/1994, non demandava alla potestà regolamentare del Governo l'adozione di un ulteriore regolamento per la disciplina degli schemi di polizze tipo, così come del resto anche l'art. 5 del codice dei contratti, rubricato “regolamenti e capitolati”, non contiene alcuna menzione del regolamento sugli schemi di polizze tipo.

La questione, anziché essere risolta in chiave ermeneutica, con tutti i dubbi che ne derivano, poteva forse essere chiarita dal legislatore in occasione dei due decreti correttivi emanati in relazione al codice. Vero è che forse c'è ancora spazio per un terzo decreto correttivo, e l'occasione potrebbe quindi esser propizia...

## Lo schema del regolamento di attuazione del codice: la cauzione provvisoria

Se il terzo decreto correttivo potrebbe chiarire qual è la natura - e quali di conseguenza gli effetti - del decreto ministeriale che adotterà i nuovi schemi di polizze di garanzia, il regolamento di attuazione di certo

chiarirà molti aspetti problematici sulla disciplina delle garanzie, che scaturiscono dalla lettura delle norme che a tale materia riserva il codice.

È sufficiente al riguardo evidenziare la novità più significativa introdotta dal codice: l'obbligo di estendere la cauzione provvisoria (come quella di esecuzione) anche ai settori delle forniture e dei servizi.

Come noto, per gli appalti pubblici di servizi era in passato previsto (art. 8 comma 4 del D.Lgs. n. 157/1997, di attuazione della direttiva 92/50/CEE) che le stazioni appaltanti potessero avvalersi della opportunità di pretendere forme di garanzie. Viceversa, le norme sulle forniture nulla prevedevano in argomento.

Oggi, la disciplina della "garanzia a corredo dell'offerta" è prevista e disciplinata per tutte e tre le tipologie dei contratti dall'art. 75 del codice. Tale norma riproduce nella sostanza il testo dei commi 1 e 2-bis dell'art. 30, della L. n. 109/1994, nonché il comma 11-*quater* dell'art. 8 della medesima legge, così come modificato dalla legge comunitaria per il 2004 (art. 24, comma 1), che ha aggiornato il riferimento alle nuove norme tecniche della serie UNI. La stessa norma inoltre riprende anche quanto era già previsto dall'art. 24, comma 10 della suddetta legge comunitaria, secondo cui "l'amministrazione aggiudicatrice ovvero il soggetto aggiudicatore di un appalto pubblico, all'atto di una aggiudicazione definitiva, ne invia comunicazione ai concorrenti non aggiudicatari, provvedendo allo svincolo delle garanzie provvisorie eventualmente prestate da questi soggetti per la partecipazione alla gara". Ed ancora, l'art. 75 riprende la disciplina già contenuta all'art. 100 del D.P.R. n. 554/1999, sulle modalità attraverso le quali è possibile costituire la cauzione provvisoria, nonché l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria di cui all'art. 113, per l'esecuzione del contratto.

Scompare, invece, l'impegno diretto del fideiussore verso il "concorrente" - espressamente previsto dall'art. 100 del D.P.R. n. 554/1999 - a rilasciare la garanzia fideiussoria definitiva in caso di aggiudicazione. In particolare, mentre tale articolo prevedeva che la "cauzione provvisoria" dovesse contenere l'impegno del fideiussore "verso il concorrente" a rilasciare la cauzione definitiva in casi di aggiudicazione, l'art. 75 dispone molto più semplicemente che "l'offerta" - e non più, quindi, la "cauzione provvisoria" - sia corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva, qualora l'offerente dovesse risultare aggiudicatario.

Uno dei punti che la norma non chiarisce è se il garante - ossia il soggetto che rilascia la garanzia fideiussoria - assume l'impegno a rilasciare la garanzia definitiva di cui all'art. 113 direttamente nei confronti del beneficiario, oppure se tale impegno è assunto unicamente nei confronti del "concorrente".

È evidente che, ove prevalesse la prima ipotesi, risulterebbe fortemente compressa la facoltà del concorrente - una volta risultato aggiudicatario - di scegliere un diverso fideiussore per la garanzia di cui all'art. 113.

Tali dubbi - e molti altri - potrebbero essere chiariti dal regolamento. Così, ad esempio, il regolamento potrebbe chiarire una volta per tutte se, in caso di associazione temporanea fra imprese, la cauzione provvisoria debba essere o meno intestata a tutte le imprese.

Come noto, la questione al momento è stata risolta in via interpretativa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>4</sup> la quale, in estrema sintesi, ha stabilito che per la validità della costituzione della cauzione provvisoria da parte di associazione temporanee costituenti, è necessario che la fideiussione sia intestata sia alla mandataria sia alle mandanti, le quali sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara.

Molti altri ancora sono gli aspetti problematici che potrebbero essere chiariti dal regolamento. Si pensi, ad esempio, alla *vexata quaestio* in ordine alla natura - e quindi agli effetti ad essa riconducibili - della garanzia (sia di quella a corredo dell'offerta, sia di quella di esecuzione).

Sull'argomento si rileva la presenza di diversi e contrastanti orientamenti giurisprudenziali. Uno di questi ritiene che la garanzia in questione abbia natura di "clausola penale"<sup>5</sup>; un altro di "caparra confirmatoria"<sup>6</sup>, un altro ancora di "caparra penitenziale"<sup>7</sup>.

Ed ancora, c'è chi sostiene che la cauzione fideiussoria in questione abbia natura di "contratto autonomo di garanzia" mentre altri ritengono che essa sia un contratto connesso con l'obbligazione principale dell'appaltatore. La questione si è posta dal momento che lo schema della fideiussione prevista per gli appalti pubblici è anomalo rispetto a quello previsto dal diritto comune, nel senso che la normativa sui contratti pubblici impone il contenuto di alcune clausole della fideiussione di garanzia ("rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale"; "rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2 c.c."; "l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante").

<sup>4</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8, in questa *Rivista*, 2006, 311, con nota di D. Capotorti, *ATI costituenti e cauzione provvisoria prestata mediante fideiussione bancaria*.

<sup>5</sup> T.A.R. Lazio, sez. III, 29 marzo 2002, n. 2443, "In tema di appalto di opera pubblica, la prestazione della caparra pari al due per cento dell'importo dei lavori, prevista dall'art. 30, comma 1, L. 11 febbraio 1994, n. 109, è diretta a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario ed ha la medesima funzione della clausola penale, atteso che essa è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della cauzione), in funzione di liquidazione forfetaria del danno, prescindendo dall'esatta portata quantitativa del nocumento patito dalla p.a., tant'è che non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola".

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2004, n. 1058, ha affermato che "l'istituto della cauzione provvisoria è, in generale, da riportarsi alla caparra confirmatoria, sia perché si tratta di confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro sia perché tale qualificazione risulta più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'interesse dell'amministrazione a pretendere il maggior danno"; nello stesso senso si v. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, delib. n. 138/2004.

<sup>7</sup> Cass., sez. II, 2 dicembre 1993, n. 11946.

Evidenti gli effetti riconducibili alle due diverse ipotesi; così, ad esempio, se si afferma che la garanzia in questione è un contratto autonomo, ne consegue che il garante non può sollevare nei confronti del beneficiario le eccezioni proprie del debitore principale (art. 1945 c.c.)<sup>8</sup>.

Tutte questioni che, per quanto non assumano una rilevanza diretta nella fase della procedura ad evidenza pubblica, se adeguatamente chiarite - magari ad opera del regolamento - potrebbero consentire di prevenire l'insorgere di contenziosi al momento dell'incameramento della fideiussione.

Eppure, lo schema di regolamento approvato dal Consiglio dei Ministri la scorsa estate - e successivamente inviato per acquisire i relativi pareri al Consiglio di Stato ed alla Corte dei Conti - si limita a riprodurre quanto già era disciplinato dall'omologa previ-

---

<sup>8</sup> T.A.R. Basilicata, 8 novembre 2004, n. 747, ha affermato che «la fideiussione bancaria o assicurativa, prevista dall'art. 30, comma 1, L. 11 febbraio 1994 n. 109, nel testo modificato dagli artt. 9, commi 52 e 53, L. 18 novembre 1998 n. 415 e 145, comma 50, L. 23 dicembre 2000, n. 388, costituisce una garanzia di pagamento incondizionato riconducibile alla figura del contratto autonomo di garanzia, perché privo del requisito di accessorietà che caratterizza la fideiussione e finalizzato ad assicurare al beneficiario del contratto concluso il versamento della somma garantita, senza possibilità per il garante di opporre al creditore eccezioni derivanti dal rapporto sottostante».

Cass., sez. III, 20 aprile 2004, n. 7502, ha stabilito che «Per la distinzione del contratto autonomo di garanzia da un contratto di fideiussione, nello stipulare il quale siano state utilizzate le espressioni "a prima richiesta" e "ogni eccezione rimossa", risulta fondamentale la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia, potendosi considerare, ai fini della qualificazione della garanzia, anche il contenuto dell'accordo tra debitore principale e garante; infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, integrata dal fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c. (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che, al fine di qualificare la garanzia prestata dal creditore, aveva avuto riguardo al contenuto dell'accordo tra debitore principale e garante, nel quale erano state previste l'esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponesse al garantito le eccezioni scaturenti dal rapporto principale e la rinuncia ad opporre eccezioni di sorta al garante che, dopo il pagamento, avesse agito in regresso)».

In argomento si veda anche Cass., sez. III, 7 gennaio 2004, n. 52: «Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia; ne consegue che la carenza dell'elemento dell'accessorietà, che caratterizza il contratto autonomo di garanzia (performance bond) e lo differenzia dalla fideiussione, deve necessariamente essere esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto».

Sempre la giurisprudenza di legittimità, Cass., sez. III, 28 febbraio 2007, n. 4661 e da ultimo Cass., sez. II, n. 444/2008 ha chiarito che la circostanza che la clausola di pagamento "a prima chiamata" assume rilievo solo sul piano processuale, che si traduce in un *solve et repete*, ma non impedisce al garante di sollevare, in un secondo momento, le eccezioni spettanti al debitore principale.

sione del D.P.R. n. 554/1999, trascurando di considerare sia le problematiche di cui sopra si è appena accennato, sia e soprattutto il fatto che la disciplina della garanzia a corredo dell'offerta è ora estesa anche agli appalti di servizi e a quelli di forniture.

## La cauzione definitiva

La disciplina della cauzione definitiva nel codice dei contratti è contenuta all'art. 113. Tale norma riproduce, nella sostanza, quanto era già previsto all'art. 30, commi 2, 2-bis e 2-ter della L. n. 109/1994.

Per quanto concerne il diritto transitorio, l'art. 253 comma 19 del codice, prevede che le disposizioni di cui ai commi 2, 3 e 5 si applicano, quanto a contratti di "lavori", anche ai contratti in corso; mentre il comma 3 (che disciplina il progressivo svincolo della cauzione) si applica anche ai contratti di "forniture" ed a quelli di "servizi" in corso d'esecuzione, affidati anteriormente all'entrata in vigore del codice stesso, ove gli stessi abbiano previsto garanzie di esecuzione.

Come già detto a proposito della "garanzia a corredo dell'offerta", la novità più significativa introdotta dal codice in materia di "cauzione definitiva" è senz'altro l'estensione di questa anche ai contratti di forniture ed a quelli di servizi.

Orbene, al di là della disciplina transitoria, il codice non ha previsto per i contratti di servizi né per quelli di forniture una disciplina sulla cauzione definitiva diversa rispetto a quella relativa ai lavori: eppure i tre contratti appaiono profondamente diversi gli uni dagli altri, anche solo in relazione alle loro differenti modalità di esecuzione nel tempo.

In questo senso, la disciplina sullo svincolo progressivo della cauzione definitiva appare poco congeniale rispetto a contratti che non abbiano ad oggetto l'esecuzione di lavori. Si pensi, ad esempio, alla previsione della norma che consente lo svincolo progressivo della cauzione previa consegna da parte dell'appaltatore o del concessionario degli stati di avanzamento dei lavori o di altro documento analogo<sup>9</sup>.

Il riferimento all'appaltatore, e non già all'"operatore economico", così come il richiamo ai SAL sembrerebbero lasciare intendere che la possibilità dello svincolo progressivo della cauzione è ammis-

---

<sup>9</sup> L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la delib. 23 giugno 2001, a proposito dei documenti "analoghi" in base ai quali è possibile procedere allo svincolo in questione, ha affermato: «non possono ritenersi equipollenti ai SAL e ai certificati di esecuzione dei lavori tutti i documenti elencati nell'art. 156 D.P.R. n. 554/1999 e s.m., in quanto non idonei ad attestare quegli elementi tecnico-amministrativo-contabili necessari ad comprovare il raggiungimento di un certo stato delle lavorazioni e di un certo costo sostenuto dall'appaltatore in modo conforme a quanto previsto dalle statuizioni contrattuali e dagli altri documenti allegati al contratto. Pertanto occorre verificare se la documentazione "analoghi" presenti le caratteristiche essenziali dei SAL desumibili dall'art. 168 del regolamento generale, ossia il riassunto dello stato delle lavorazioni e delle somministrazioni eseguite e il relativo prezzo, con eventualmente allegato l'elenco dei nuovi prezzi e gli estremi dell'avvenuta approvazione».

sibile solo per gli appalti di lavori. Eppure tale necessità potrebbe emergere anche per gli appalti di servizi protratti nel tempo (si pensi agli appalti di manutenzione), od anche per i contratti di fornitura che, se intesi come “ordini aperti”, possono avere essi pure una durata protratta nel tempo.

Anche la previsione della cessazione degli effetti della cauzione (comma 5), legata al certificato di collaudo provvisorio o al certificato di regolare esecuzione, potrebbe generare equivoci per le altre tipologie di contratti, laddove ad esempio per le forniture non sempre è previsto un collaudo o un certificato di regolare esecuzione.

Ed ancora, anche per questo tipo di garanzia si pone il problema della sua natura. In particolare, si discute se essa debba essere considerata alla stregua di una clausola penale. È appena il caso di accennare che la questione assume rilevanza anche sul piano dell'onere della prova, nel senso che, se si tratta di “clausola penale”, la prova del danno non è richiesta al beneficiario, il quale per il solo fatto dell'inadempimento può escutere la cauzione definitiva nel suo intero ammontare (o, in caso di svincolo progressivo, di quel che residua); viceversa, se essa ha solo lo scopo di garantire una copertura finanziaria dei danni conseguenti all'inadempimento, l'escussione della stessa deve essere proporzionata ai danni subiti dal committente, che avrà l'onere di provarli.

Il comma 2 del menzionato art. 113, nel prevedere che la cauzione viene prestata a garanzia dell'adempimento, e nel fare salva comunque la risarcibilità del maggior danno (alla stregua di quanto previsto dal codice civile in ordine agli effetti della clausola penale) potrebbe far propendere per la tesi della natura di clausola penale. Solo che mentre il codice civile (all'art. 1382, comma 2) prevede espressamente che “la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”, il codice dei contratti nulla dice al riguardo. Peraltro, sempre in tema di clausola penale e sempre che di essa si tratti anche nel caso dell'art. 113 del codice dei contratti, si osserva che l'art. 1384 del codice civile prevede che la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, oppure se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Resta ancora da chiarire cosa accade nel caso della cauzione definitiva di cui all'art. 113 del codice dei contratti.

In argomento si rileva che il comma 3 dell'art. 123 dello schema di regolamento (analogamente a quanto previsto dall'art 101 del D.P.R. n. 554/1999) e soprattutto il successivo comma 4 (“La stazione appaltante può richiedere all'appaltatore la reintegrazione della cauzione 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'appaltatore”), prevedono che la stazione appaltante possa incamerare parzialmente la cauzione provvisoria. Il che sembrerebbe confermare che la cauzione de-

finitiva copre il danno per inadempimento dell'appaltatore, e che la stessa possa essere incamerata anche solo parzialmente, in proporzione del danno effettivamente subito.

Ed a proposito di quanto previsto dal D.M. n. 123/2004, si osserva che lo schema di garanzia fideiusoria per la cauzione definitiva all'art. 5 (rubricato “*surrogazione*”) prevede che “Il Garante, nei limiti delle somme pagate, è surrogato alla stazione appaltante in tutti i diritti, ragioni ed azioni verso il committente, i suoi successori ed aventi causa a qualsiasi titolo.

La stazione appaltante faciliterà le azioni di recupero fornendo al garante tutti gli elementi utili in suo possesso”. Al di là di ogni questione sulla natura giuridica del decreto ministeriale in esame, sarebbe opportuno che tale previsione fosse contenuta nel testo del regolamento di attuazione del codice dei contratti. Così non si porrebbero dubbi sugli effetti vincolanti della stessa.

Nessuna delle molteplici problematiche di cui si è detto sopra trova soluzione nello schema di regolamento al codice dei contratti, approvato nella seduta del Consiglio dei Ministri in data 13 luglio 2007, il quale all'art. 123 si limita a riprodurre quanto era già previsto dall'omologa previsione contenuta nel vecchio regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici. Ove non si proceda ad una integrazione del regolamento, sarà ancora una volta la giurisprudenza ad esser chiamata a fare luce sulle oscurità e sui vuoti della normativa.