

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 7 del 26 aprile 2022, ha chiarito la natura e la funzione della "garanzia provvisoria" a corredo dell'offerta dei partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica.

Nella vigenza del Codice del 2006 (D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163), l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa distingue la "garanzia provvisoria" escussa nei confronti dei concorrenti di cui all'art. 48, comma 1, e la "garanzia provvisoria" escussa nei confronti dell'aggiudicatario di cui all'art. 75, comma 1 (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 ottobre 2005, n. 8; Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34; Cons. Stato, sez. V, ord. 26 aprile 2021, n. 3299). Alla prima tipologia di garanzia si assegnava natura sanzionatoria, con funzione punitiva, in quanto l'amministrazione poteva escutere la garanzia, incamerando la somma predeterminata, nei confronti di tutti gli offerenti sorteggiati che non fossero in possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguenze economiche sovra-compensative. Ne conseguiva la necessità - in conformità con le regole convenzionali (art. 7 CEDU) - di assicurare il rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari della prevedibilità, accessibilità e limiti di applicabilità delle norme nel tempo. Alla seconda tipologia di garanzia si assegnava natura non sanzionatoria, qualificando la "cauzione" quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria e la "fideiussione" quale contratto di garanzia personale, con funzione di evidenziare «la serietà ed affidabilità dell'offerta» (Cons. Stato, Ad. Plen., 10 dicembre 2014, n. 34), nonché con funzione compensativa dei danni subiti dalla stazione appaltante. Nella vigenza del Codice del 2016 (D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50), l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa, essendo stata eliminata la prima forma di garanzia, ha attribuito alla "garanzia provvisoria" natura esclusivamente non sanzionatoria. L'Adunanza Plenaria ritiene che entrambi gli istituti in esame hanno natura non sanzionatoria, con differente qualificazione giuridica a seconda che venga in rilievo la "cauzione" o la "fideiussione". La "cauzione" è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che deve essere eseguita dallo stesso debitore. Nella fase fisiologica, la "cauzione" assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di restituire la prestazione al momento della sottoscrizione del contratto. Nella fase patologica, la "cauzione" ha natura di rimedio di autotutela, con funzione compensativa, potendo l'amministrazione incamerare il bene consegnato a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale. In questa prospettiva, non è conferente il richiamo alla caparra confirmatoria di cui all'art. 1385 c.c., in quanto la stessa, nella configurazione del codice civile, presuppone la stipulazione di un contratto con l'inserimento della clausola che consente, in caso di inadempimento, di recedere dal contratto stesso tratteneendo la caparra (Cass. civ., Sez. Un., 14 gennaio 2009, n. 553). La "fideiussione" è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore che si può perfezionare anche mediante la sola proposta del primo non rifiutata secondo il meccanismo dell'art. 1333 c.c. Tale forma di garanzia si caratterizza in modo peculiare rispetto al contratto di fideiussione disciplinato dal codice civile (artt. 1936-1957 c.c.). L'art. 1936 c.c. prevede che «è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui». Le regole civilistiche rilevanti in questa sede sono le seguenti: i) il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito, con la possibilità che le parti convengano che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore (art. 1944, commi 1 e 2, c.c.); ii) il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall'incapacità (art. 1945 c.c.); iii) 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 (art. 1956, comma 1, c.c.). L'art. 93, comma 4, del Codice dei contratti pubblici deroga alle disposizioni sopra riportate, disponendo che deve essere prevista la rinuncia: i) al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; ii) al rapporto di accessorietà, dovendo operare questa forma di garanzia a semplice richiesta; iii) all'eccezione che consente di fare valere la garanzia anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale. Tale peculiare disciplina e, in particolare, la deroga al rapporto di accessorietà comporta che il tipo contrattuale deve essere identificato nel contratto autonomo di garanzia (Cass. civ., sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947). Nella fase fisiologica, la "fideiussione" assolve alla sola funzione di consentire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, con obbligo dell'amministrazione di svincolare tale garanzia al momento della sottoscrizione del contratto. Nella fase patologica, la "fideiussione" consente all'amministrazione di azionare il

rimedio di adempimento dell'obbligo di pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale. L'operatività di entrambe le forme di garanzia presuppone un "fatto" del debitore principale che viola le regole di gara che comporta - a seguito dell'eliminazione del riferimento al dolo e alla colpa grave da parte del D.L.vo 19 aprile 2017, n. 56 - la configurazione di un modello di responsabilità oggettiva, con conseguente esclusione di responsabilità nei soli casi di dimostrata assenza di un rapporto di causalità.

Riferimenti Normativi:

- art. 7 CEDU
- art. 1385 c.c.
- artt. 1936 c.c.
- art. 48, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163
- art. 75, D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163
- art. 32, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)
- art. 93, D.L.vo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici)