

Indubbiamente il rischio coperto dalla cauzione provvisoria è quello della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario: anche se nella lex specialis di gara, tale circostanza non viene espressamente prevista è sufficiente che la fideiussione venga data "a garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gara d'appalto"

Il Tar Sardegna, Cagliari, con la sentenza numero 2221 del 16 ottobre 2006 ci occupa di una controversia nata a seguito della richiesta di escussione della garanzia provvisoria per mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

Nel confermare l'operato dell'amministrazione, l'adito giudice amministrativo ci insegna che:

<Ed invero, come si ricava dal testo della detta prescrizione più sopra trascritto, quest'ultima prevedeva che la cauzione provvisoria dovesse essere prestata ai fini della partecipazione alla gara, che dovesse avere una validità di almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, tempo generalmente sufficiente per addivenire alla stipula del contratto con l'aggiudicatario e che dovesse essere svincolata, nei confronti dell'aggiudicatario successivamente al deposito della cauzione definitiva, destinata a garantire l'amministrazione dai danni subiti in fase di esecuzione del servizio.

Tutti elementi ermeneutici questi che, presi nel loro insieme e intesi secondo buona fede, come è d'uopo nell'interpretazione degli atti amministrativi, secondo il principio di matrice contrattuale (art. 1366 cod. civ.), inducono a ritenere che le finalità complessive perseguite dall'Amministrazione con la previsione della **cauzione provvisoria fossero, per l'appunto, quelle di introdurre una caparra confirmatoria a garanzia della futura stipula del contratto.**

La mancata sottoscrizione di quest'ultimo legittimava, quindi, senz'altro l'incameramento della cauzione indipendentemente da un'espressa previsione in tal senso.>

Ma non solo.non c'è alcun bisogno di dimostrare il danno...

< Tanto meno occorre la dimostrazione dell'esistenza e dell'entità di eventuali pregiudizi, atteso che nella previsione di una caparra confirmatoria sono sicuramente ravvisabili profili di liquidazione convenzionale, preventiva e forfetaria del danno.

La prospettata interpretazione trova, del resto, indiretta conferma nella polizza fideiussoria stipulata dalla ricorrente e depositata ai fini dell'ammissione alla procedura concorsuale. In essa si legge che la fideiussione è data "a garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gara d'appalto": obblighi tra i quali rientra, per l'aggiudicatario, anche quello di addivenire alla sottoscrizione del contratto>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA Sent.n. 2201/2006  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Ric. n. 863/2003  
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA  
SEZIONE PRIMA

ha pronunciato la seguente

## SENTENZA

sul ricorso n° 863/03 proposto dalla Cooperativa Sociale \*\*\* s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv.ti Claudio Mussetto e Giuseppe Loddo ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Cagliari, via G. Deledda n°49;

contro

il Comune di Sassari, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Poddighe ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Francesca Corda in Cagliari, via Alagon n° 1;

per l'annullamento

della nota 14/4/2003 con cui il Dirigente del Settore Appalti – Contratti – Acquisiti – Patrimonio – Affari Legali del Comune di Sassari ha tra l'altro comunicato alla Cooperativa Sociale \*\*\* l'incameramento della cauzione provvisoria versata per la partecipazione alla gara concernente l'affidamento di un servizio pubblico;

della determinazione del medesimo Dirigente 15/10/2002 n° 50405/200.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Udita alla pubblica udienza del 4/10/2006 la relazione del consigliere Alessandro Maggio e uditi, altresì, gli avvocati delle parti come da separato verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO

La Cooperativa Sociale \*\*\* s.c. a r.l. ha partecipato alla gara bandita dal Comune di Sassari, per l'affidamento del servizio di assistenza agli anziani ospitati nell'Istituto Casa Serena, aggiudicandosi l'appalto.

Senonché, invitata a fornire la documentazione necessaria per addivenire alla stipula del contratto, la Cooperativa ha comunicato al comune il proprio intendimento di rinunciare all'aggiudicazione.

Conseguentemente il Dirigente del Settore Appalti – Contratti - Acquisiti – Patrimonio – Affari Legali, ha adottato la determinazione 15/10/2002 n° 50405/200 con la quale preso atto della

rinuncia, ha disposto l'incameramento della cauzione provvisoria versata dalla Cooperativa Sociale \*\*\* ai fini della partecipazione alla gara.

Alla detta determinazione ha poi fatto seguito la nota 14/4/2003 con cui il medesimo dirigente nel comunicare che la pratica relativa all'incameramento della cauzione era giunta alle sue fasi conclusive, ha evidenziato le ragioni della decisione assunta.

Ritenendo tanto la determinazione n° 50405/200 del 2002 quanto la nota 14/4/2003 illegittime, la Cooperativa Sociale \*\*\* le ha impugnate chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi.

1) Contrariamente a quanto il Dirigente del Settore Appalti – Contratti - Acquisiti – Patrimonio – Affari Legali, afferma nella citata nota 14/4/2003, il bando di gara non prevedeva che la mancata sottoscrizione del contratto avrebbe comportato l'incameramento della cauzione versata. Questa, evidentemente, doveva essere rilasciata a copertura degli eventuali danni subiti dall'amministrazione. Di modo che per poter esigere la garanzia quest'ultima avrebbe dovuto dimostrare esistenza ed entità del pregiudizio sofferto.

2) L'intimata amministrazione ha arbitrariamente esteso al settore degli appalti di servizi una normativa (artt. 10 comma 1 quater e 30 della L. 11/2/1994 n°109) propria degli appalti di lavori pubblici insuscettibile di estensione analogica.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata depositando memoria con cui si è opposta, sia in rito che nel merito, all'accoglimento del ricorso.

Alla pubblica udienza del 4/10/2006 la causa, su richiesta delle parti, è stata posta in decisione.

## DIRITTO

Può prescindere dalle eccezioni di rito sollevate dall'amministrazione resistente essendo il ricorso da rigettare nel merito.

I due motivi di gravame possono essere trattati in unico contesto.

L'art. 24 del capitolato speciale d'appalto stabiliva espressamente:

“Per partecipare alla gara la ditta dovrà presentare la documentazione attestante il versamento del deposito cauzionale pari al 2% dell'importo a base di gara, da effettuarsi nelle forme previste dalla legge.

La cauzione provvisoria prestata dall'aggiudicatario verrà svincolata successivamente al deposito della cauzione definitiva.

A garanzia dell'esatto adempimento degli obblighi derivanti dal presente Capitolato nonché del rimborso delle somme che l'amministrazione dovesse eventualmente sostenere durante la gestione, per fatto dell'appaltatore a causa di inadempimento o cattiva esecuzione del servizio, la ditta aggiudicataria dovrà versare una cauzione pari al 5 % dell'importo netto di aggiudicazione.

Resta salvo, per l'Ente, l'esperimento di ogni azione nel caso in cui la cauzione risultasse insufficiente.

L'appaltatore potrà essere obbligato ad integrare la cauzione di cui l'Amministrazione abbia dovuto valersi, in tutto o in parte, durante l'esecuzione del contratto.

In caso di inadempienza la cauzione potrà essere reintegrata d'ufficio a spese dell'appaltatore, prelevandone l'importo dai corrispettivi d'appalto.

La cauzione definitiva resterà vincolata fino alla scadenza dell'intero periodo di durata contrattuale e sarà restituita al termine dello stesso, semprechè non risultino a carico della ditta inadempienze, comminatorie di penalità o comunque cause impeditive alla restituzione. Quella provvisoria dovrà avere validità per almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta.

Dette cauzioni, se presentate mediante fideiussione bancaria o assicurativa, dovranno prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e l'operatività entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”.

Diversamente da quanto la ricorrente sostiene la stazione appaltante non ha fatto, dunque, applicazione di una normativa propria della materia dei lavori pubblici, bensì di una regola espressamente introdotta nella disciplina di gara dal ricordato art. 24 del capitolato speciale d'appalto.

La detta prescrizione appare, peraltro, correttamente interpretata dall'intimata amministrazione.

In base ad un radicato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non ritiene di doversi discostare, “l'istituto della cauzione provvisoria è, in generale, da riportarsi alla caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.), 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 (e si consideri che la normativa contabilistica è la matrice di questa disciplina contrattuale), di non vulnerare l'interesse dell'Amministrazione a pretendere il maggior danno” (così Cons. Stato, VI Sez., 3/3/2004 n°1058, nonché, IV Sez., 29/3/2001 n° 1840).

Infatti, la “ratio dell'istituto è quella di garantire la serietà dell'offerta fino al momento della stipula del contratto e della prestazione della cauzione definitiva per cui l'incameramento della cauzione è, normalmente, legato al rifiuto di stipulare” (cfr. Cons. Stato, V Sez., 2/7/2002 n° 3601).

Nel caso di specie la detta natura non è smentita, ma anzi trova conferma nell'art. 24 del capitolato.

Ed invero, come si ricava dal testo della detta prescrizione più sopra trascritto, quest'ultima prevedeva che la cauzione provvisoria dovesse essere prestata ai fini della partecipazione alla gara, che dovesse avere una validità di almeno 180 giorni dalla presentazione dell'offerta, tempo generalmente sufficiente per addivenire alla stipula del contratto con l'aggiudicatario e che dovesse essere svincolata, nei confronti dell'aggiudicatario successivamente al deposito della cauzione definitiva, destinata a garantire l'amministrazione dai danni subiti in fase di esecuzione del servizio.

Tutti elementi ermeneutici questi che, presi nel loro insieme e intesi secondo buona fede, come è d'uopo nell'interpretazione degli atti amministrativi, secondo il principio di matrice contrattuale (art. 1366 cod. civ.), inducono a ritenere che le finalità complessive perseguite dall'Amministrazione con la previsione della cauzione provvisoria fossero, per l'appunto, quelle di introdurre una caparra confirmatoria a garanzia della futura stipula del contratto.

La mancata sottoscrizione di quest'ultimo legittimava, quindi, senz'altro l'incameramento della cauzione indipendentemente da un'espressa previsione in tal senso.

Tanto meno occorre la dimostrazione dell'esistenza e dell'entità di eventuali pregiudizi, atteso che nella previsione di una caparra confirmatoria sono sicuramente ravvisabili profili di liquidazione convenzionale, preventiva e forfetaria del danno.

La prospettata interpretazione trova, del resto, indiretta conferma nella polizza fideiussoria stipulata dalla ricorrente e depositata ai fini dell'ammissione alla procedura concorsuale. In essa si legge che la fideiussione è data "a garanzia degli obblighi inerenti alla partecipazione a gara d'appalto": obblighi tra i quali rientra, per l'aggiudicatario, anche quello di addivenire alla sottoscrizione del contratto.

Il ricorso va in definitiva respinto.

Sussistono validi motivi per disporre l'integrale compensazione di spese ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SARDEGNA SEZIONE PRIMA

Rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Cagliari, in Camera di Consiglio, il 4/10/2006 dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna con l'intervento dei Signori:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente f.f.;

Alessandro Maggio, Consigliere – estensore;

Tito Aru, Consigliere.

Depositata in segreteria oggi: 16/10/2006

IL segretario generale f.f.