

TAR Lazio, Sezione I bis Roma - Sentenza 14/02/2006 n. 1066  
legge 109/94 Articoli 10, 30 - Codici 10.1, 30.1

La mancata presentazione, entro i termini previsti dal bando, della documentazione idonea a dimostrare la costituzione a mezzo di polizza fidejussoria della richiesta cauzione non costituisce mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale. (T.A.R. Bari 24 maggio 2004 n. 2276). In simili circostanze, infatti, non si tratta di integrare la cauzione già prestata ma di "costituire" una garanzia e non è, quindi, invocabile il principio, elaborato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale l'amministrazione può, nel rispetto della par condicio tra i concorrenti, consentire l'integrazione o la regolarizzazione della documentazione di gara già prodotta. E' stato precisato, inoltre, (T.A.R. Umbria 22 febbraio 2005 n. 53) che la polizza fidejussoria non è un semplice documento, ma piuttosto uno strumento contrattuale. Non si tratta, cioè, di una dichiarazione di scienza, bensì di una dichiarazione di volontà, di effetto costitutivo, con la quale il fidejussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro determinata. Non è, dunque, pertinente il richiamo alla problematica relativa alla eventualità che in corso di procedimento si rettificano o integrino le carenze o gli errori del materiale documentale prodotto. Non sarebbe neppure pertinente il richiamo alla disciplina civilistica dell'errore negoziale (artt. 1427-1446 c.c.) nell'aver indicato nella cauzione definitiva un importo inferiore a quello dovuto. In quella disciplina, infatti, l'errore viene in rilievo esclusivamente quale presupposto dell'azione di annullamento che, nel proprio interesse, può esperire chi abbia emesso una dichiarazione negoziale errata a proprio danno. Con riferimento al contratto di fidejussione, potrà dunque giovare di questa disciplina il fidejussore che, per errore, abbia dichiarato di obbligarsi per un importo maggiore di quello voluto. Ma se l'errore è consistito nell'obbligarsi per un importo minore di quello voluto - e dunque il fidejussore ancorché in buona fede ha errato a proprio vantaggio e non a proprio danno - la sua controparte contrattuale (il debitore principale) non può giovare della disciplina degli artt. 1427 e ss. c.c.. Tanto meno può giovare il terzo, estraneo al rapporto contrattuale, e cioè il creditore. Questi può solo prendere atto del fatto che il debitore ha costituito la garanzia per un importo minore di quello del debito, e determinarsi di conseguenza. Un creditore privato è libero di considerare ugualmente accettabile la garanzia, ma non può essere costretto a farlo. L'ente pubblico non solo può ma deve rifiutarla, quanto meno nell'ambito di un procedimento di gara ad evidenza pubblica, dominato dal principio della par condicio.