

La giurisprudenza ha desunto che l'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 risulta applicabile a tutte le procedure concorsuali regolate dal c.d. «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», indipendentemente da un'espressa previsione in tal senso nelle norme di gara, in quanto espressione di uno specifico interesse pubblico al corretto svolgimento della selezione di scelta del contraente e al conseguimento dei migliori risultati possibili in termini di efficienza dell'azione amministrativa, allo scopo cioè di evitare che l'offerente possa poi rifiutarsi di prestare la cauzione definitiva nell'ipotesi risultasse aggiudicatario dell'appalto, con conseguente interruzione della procedura e necessaria opzione per offerte meno favorevoli (v. TAR Lazio, Sez. III, 12 gennaio 2009 n. 106), onde si tratta di disposizione con portata "eterointegrativa" della lex specialis di gara (v. TAR Lazio, Latina, 28 luglio 2009 n. 737) e, per la rilevata funzione di assicurare un adempimento essenziale per il buon esito della selezione - attraverso la dichiarazione di impegno da parte di soggetti particolarmente qualificati - con le caratteristiche di una prescrizione insuscettibile di deroga, tanto che la carenza o anche solo la provenienza della dichiarazione di impegno da parte di soggetto idoneo determina l'automatica esclusione dalla gara, senza possibilità per la stazione appaltante di una richiesta di integrazione o rettifica dell'offerta irregolare (v. TAR Molise 9 aprile 2009 n. 117). Naturalmente, per evitare che il debitore principale assuma al contempo l'indebita veste di garante e così svuoti sostanzialmente la garanzia medesima, la dichiarazione di impegno deve provenire da un terzo, ovvero dal fideiussore (v. TAR Molise n. 117/2009 cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 13 luglio 2009 n. 4418). Neppure gli istituti di credito si sottraggono in modo assoluto al rischio di insolvenza sicché permane per l'ente appaltante la necessità di vedere associata la responsabilità patrimoniale di un terzo a quella del contraente con conseguente moltiplicazione dei patrimoni su cui soddisfare l'eventuale credito. L'impegno al rilascio della fideiussione va distinto dalla successiva costituzione della cauzione definitiva, perché esclusivamente finalizzato ad assicurare che la garanzia sia poi effettivamente prestata, e cioè tutela l'autonomo interesse a che, a gara conclusa, questa non veda pregiudicato il proprio buon esito dall'assenza della necessaria fideiussione (v. TAR Lazio, Sez. III, n. 106/2009 cit.). Quanto alla cauzione provvisoria, va ricordato che la stessa assolve alla funzione di garantire la serietà dell'offerta e costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipulazione del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente, sì che la garanzia di cui all'art. 75, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 ("L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente") rappresenta parte integrante dell'offerta e non un elemento di cui la stazione appaltante sia libera di avvalersi o meno, venendo altrimenti vanificato il disposto di cui al precedente art. 48 circa il potere-dovere di escussione della cauzione provvisoria, previa esclusione dalla gara e segnalazione del fatto all'Autorità di Vigilanza, a carico dell'offerente che non abbia comprovato il possesso dei requisiti richiesti nel bando di gara ovvero non abbia confermato le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta (v. Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2009 n. 3746). Di qui, per giurisprudenza costante, il carattere cogente della relativa normativa e il conseguente automatico vincolo per i concorrenti, tenuti ad attenersi - a pena di esclusione - pur in assenza di esplicito richiamo da parte della lex specialis di gara, che ne risulta in ogni caso integrata per essere un simile onere posto a generale requisito della validità dell'offerta. Nella fattispecie, la circostanza che le norme di gara non contemplassero un prezzo-base, lungi dal sottrarre la procedura selettiva alla regola che vuole tutte le offerte accompagnate dalla costituzione della cauzione provvisoria, avrebbe in realtà richiesto la specificazione preventiva dell'importo forfettario cui commisurare la garanzia.