

All' Ente Acque della Sardegna

Alla Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

AG 36/11

21/12/2011

Oggetto: *richiesta di parere ai sensi del Regolamento interno sulla istruttoria dei quesiti giuridici - Ente Acque della Sardegna - Corretta quantificazione delle cauzioni ex artt. 75 e 113 del Codice dei contratti pubblici e modalità di determinazione dell'importo della cauzione definitiva ex art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006 nel caso di affidamento di servizio di mutuo.*

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al prot. n. 102787, in data 13 ottobre 2011, si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 21 dicembre 2011 ha approvato le seguenti considerazioni.

La questione sottoposta all'Autorità presuppone l'approfondimento della disciplina dell'istituto della cauzione, sia provvisoria ex art. 75, sia definitiva ex art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, con particolare riferimento a supposte diversità di calcolo della cauzione definitiva, in caso di affidamento di un contratto di mutuo, in relazione alla singolare natura giuridica dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di natura finanziaria.

All'uopo, con riguardo alla cauzione provvisoria, occorre premettere che il Codice dei contratti pubblici estende a servizi e forniture la disciplina in tema di garanzia di mantenimento dell'offerta (c.d. *bid bond*), già contenuta nella l. Merloni relativamente ai lavori pubblici (art. 75, D.Lgs. n. 163/2006 e, precedentemente, art. 30, comma 1, comma 2-bis l. n. 109/1994). Ai sensi della sopraindicata disciplina "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" (art. 75, comma 1). E ancora, "la cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice" (art. 75, comma 2). La cauzione provvisoria è destinata a garantire tutti gli aspetti della partecipazione alla gara e, quindi, la correttezza di tutti i comportamenti posti in essere a tal fine dal concorrente, ivi comprese le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti che connotano l'offerta e ne caratterizzano la serietà (TAR Lazio, Roma, III-ter, 13 aprile 2010, n. 6696). In tal senso, essa assolve sia una funzione indennitaria, in quanto garantisce alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto; sia una funzione sanzionatoria, in caso di inadempimenti procedurali da parte del concorrente in relazione alla veridicità delle dichiarazioni fornite (AVCP, Parere n. 186/2008; TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 11 febbraio 2010, n. 831). In altri termini, la finalità della suddetta cauzione è quella di garantire la stazione appaltante in ordine alla serietà dell'offerta, al rischio della mancata stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione, nonché - nel caso di ATI costituenda - all'impegno delle mandanti di conferire mandato alla capogruppo che stipulerà il contratto. Essa assolve altresì alla funzione di 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.

Alla disciplina dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, si può affiancare la previsione della cauzione definitiva, anch'essa riprodotta nel Codice dei contratti pubblici dalla legge Merloni, e rivolta a garantire l'esecuzione (art. 113, D.Lgs. n. 163/2006 e, precedentemente, art. 30 l. n. 109/1994). Più nello specifico, essa copre gli oneri per il mancato o inesatto adempimento e cessa di avere effetto alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione (art. 113, comma 5). La prestazione della cauzione definitiva, che costituisce un obbligo per l'esecutore del contratto, è calcolata nella misura del 10% dell'importo contrattuale. A tal riguardo, occorre precisare che, sebbene la rubrica dell'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006 parli di "cauzione definitiva", la forma della garanzia è la fideiussione e non anche la cauzione, atteso che è espressamente richiamato l'art. 75, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006, che si riferisce alla fideiussione bancaria, assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari di cui all'elenco speciale del T.U. 385/1993. Tuttavia, in caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10% la garanzia è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%; ove il ribasso sia superiore al 20%, l'aumento è di due punti percentuali ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento (art. 113, comma 1).

Poste queste premesse, il quesito sottoposto a questa Autorità richiede di individuare se le due distinte misure cauzionali - una del 2%, richiesta ai fini della cauzione provvisoria, e l'altra del 10%, richiesta ai fini della cauzione definitiva - debbano essere calcolate sullo stesso importo, atteso che il Codice dei contratti pubblici afferma, nel primo caso, che questo corrisponde al "prezzo base indicato nel bando" (cauzione provvisoria, art. 75) e nel secondo caso all'"importo contrattuale" (cauzione definitiva, art. 113).

Con specifico riguardo alla fattispecie in parola, in cui è dato un servizio di mutuo ad oggetto del contratto, è necessario infatti rimarcare che il Codice precisa che, per gli appalti pubblici di servizi bancari e altri servizi finanziari, il valore da assumere come base di calcolo del valore stimato dell'appalto corrisponde alla somma degli onorari, delle commissioni, degli interessi e delle altre forme di remunerazione (art. 29, comma 12, lett. a.2) D.Lgs. n. 163/2006). In tal senso, mentre si intende agevolmente che la prima percentuale deve essere calcolata sul "prezzo base indicato nel bando", richiamato nell'art. 75, non altrettanto agevolmente pare potersi ricavare che l'"importo contrattuale" di cui alla cauzione definitiva dell'art. 113 corrisponda alla medesima cifra. Nel caso di specie, appare, pertanto, di tutta evidenza quanto sia dirimente individuare la precipua intenzione del legislatore, nel caso del calcolo della cauzione definitiva, con riferimento agli appalti che hanno ad oggetto un servizio finanziario, nella specie di mutuo. A tal fine soccorrono le seguenti considerazioni.

Appare utile, prima di tutto, precisare la distinzione tra oggetto del contratto e oggetto della prestazione. La dottrina identifica l'oggetto del contratto con il contenuto dell'accordo. Nel suo primario significato ciò identifica il contenuto che le parti hanno stabilito o programmato. Dell'oggetto del contratto si occupa il codice civile, che lo include tra gli elementi costitutivi (art. 1325, n. 3 c.c.), disponendo che i requisiti dell'oggetto sono la possibilità, la liceità, la determinatezza o determinabilità (art. 1346 c.c.). E' bensì vero che tale nozione appare controversa, in quanto l'oggetto del contratto può essere ravvisato negli interessi regolati e anche nel bene quale entità reale o ideale sulla quale cadono gli effetti negoziali o nella prestazione. Tuttavia, è evidente che anche laddove si richiami il bene della vita, in quanto concorre a determinare il contenuto del contratto, questo rileva come rappresentazione delle parti, *i.e.* come bene dovuto, cioè come oggetto della prestazione.

La necessità di distinguere tra oggetto del contratto e oggetto della prestazione appare più chiara alla luce della nozione civilistica del contratto di mutuo. Dal codice civile si ricava che "il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità" (art. 1813 c.c.). Sulla scorta di questa definizione, non si può non osservare che, da una parte, si individua il contenuto del contratto, che consiste nella prestazione (la consegna del bene), e dall'altra l'oggetto della prestazione, che corrisponde alla quantità di danaro o di altre cose fungibili, che vengono rese. Come è evidente, tali precisazioni non sono meramente speculative, ma assumono dei risvolti oltremodo concreti e dirimenti. L'appaltatore, infatti, è tenuto - per mezzo della cauzione definitiva - a garantire il proprio servizio, non già il bene che ne forma oggetto. A titolo esemplificativo, si può osservare che laddove si ipotizzi una gara per la prestazione di un servizio di noleggio di un bene mobile (ad es. automobili), non sussistono dubbi che la cauzione definitiva non debba coprire il valore di mercato del bene reso a noleggio (le automobili Fiat, Mercedes, o Porsche), bensì il servizio di noleggio stesso, ovvero la mera disponibilità dei beni, di cui la stazione appaltante beneficia.

Nel caso di specie, riguardante servizi finanziari, pare corretto dedurre che l'oggetto della procedura di gara è rappresentato non già dall'importo del prestito, cioè del *quantum* oggetto del servizio, ma dal valore del servizio stesso, il quale in via estimativa è commisurato, ai sensi dell'art. 29, comma 12, lett. a.2) del Codice dei contratti pubblici, al costo degli interessi passivi e delle altre forme di remunerazione, che sono richiesti quale corrispettivo per il servizio di mutuo e che - specularmente - corrisponde al costo che la stazione appaltante deve sostenere per avvalersi di un servizio finanziario.

A sostegno di quanto affermato, non si può non osservare che l'articolo 113 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che, in caso di aggiudicazione con ribasso d'asta superiore al 10% la garanzia definitiva da prestare è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%. Tale disposizione evidenzia che la garanzia fideiussoria *de qua* corrisponde - di norma - al 10% dell'importo contrattuale, ma è soggetta a variazione laddove l'aggiudicazione intervenga a seguito di un ribasso d'asta consistente. Pare corretto ritenere che tale previsione collega la determinazione dell'ammontare della garanzia all'esito della procedura di gara, con la conseguenza che - al fine di definire l'esatto importo della garanzia stessa - occorre tener conto del ribasso offerto dall'operatore economico aggiudicatario. Questa disposizione indirettamente conferma che la garanzia definitiva è - e non può che essere - rapportata al servizio, oggetto di contratto, e non al contenuto della prestazione, cioè al valore della dazione prevista. Diversamente opinando, infatti, la garanzia definitiva, in quanto corrispondente al 10% del contenuto della dazione, dovrebbe ritenersi non soltanto nota fin dall'inizio, ma altresì immutabile nel suo valore, in quanto calcolata su una cifra (nella fattispecie, € 54.846.279,42) che è già prevista dagli atti di gara. La giurisprudenza ha opportunamente osservato che le due cauzioni, quella provvisoria e quella definitiva, assolvono a funzioni diverse e, comunque, indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale, sicché la fase dell'impegno a promettere la prestazione della cauzione definitiva, che deve essere contestuale alla prestazione della cauzione provvisoria (al momento della presentazione dell'offerta), va distinta dall'effettivo impegno alla cauzione definitiva, che anche nell'importo può essere definita solo dopo l'aggiudicazione, ed è esclusivamente finalizzata a garantire il pubblico interesse che tale definitivo impegno sia poi effettivamente sottoscritto (TAR Lazio, Roma, III- quater, 12 gennaio 2009, n. 106).

Alla luce delle predette considerazioni, appare dunque calzante la constatazione (e la contestazione) avanzata dalla Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., secondo cui sussiste, nella fattispecie, una eccessiva sproporzione tra la cauzione provvisoria e quella definitiva. Si rileva, infatti, *ictu oculi* una mancata corrispondenza tra le misure delle due cauzioni, tal per cui la seconda sarebbe quasi dieci volte superiore alla prima, senza che il bene della vita sia mutato nel corso della gara. E' bensì vero, come è stato ampiamente argomentato *supra*, che le funzioni perseguite dalle due cauzioni sono diverse. Tuttavia, occorre non distogliere l'attenzione dal fatto che la cauzione definitiva debba garantire l'esatto adempimento della prestazione contrattuale, non già il buon fine di tutte le ulteriori finalità, che la stazione appaltante intende perseguire con il servizio in appalto, ancorché queste siano strettamente legate al servizio stesso.

Si può ritenere, dunque, che la dizione "importo contrattuale" derivi semplicemente da un mancato adeguamento della disciplina dei lavori alla estensione, operata dal Codice dei contratti pubblici, ai servizi e alle forniture e non abbia tenuto presente le peculiarità dei servizi finanziari. E si deve, altresì, confermare che la stazione appaltante può richiedere una cauzione definitiva nella misura del 10% dell'importo del servizio, così come calcolato in via estimativa, secondo i parametri di cui all'art. 29, comma 12, lett. a.2) del Codice dei contratti pubblici.

In conclusione, dunque, nel caso in cui oggetto della gara di appalto sia un servizio bancario e finanziario e, nella specie un contratto di mutuo, appare ragionevole sostenere che l'importo della cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice dei contratti pubblici debba essere commisurato al valore stimato di cui all'art. 29, comma 12, lett. a.2) del Codice stesso, poiché l'espressione "importo contrattuale" sul quale deve essere calcolata la percentuale di garanzia definitiva non fa riferimento all'oggetto della prestazione, bensì, più esattamente, all'oggetto del contratto, i.e. al servizio di mutuo reso.

Avv. Giuseppe Busia