

L'irregolarità o l'omissione dell'impegno del fideiussore a rilasciare la c.d. cauzione definiti-va è sanabile attraverso il soccorso istruttorio

di Giuseppe Bruno

Data di pubblicazione: 16-10-2018

Dichiarazione di impegno del fideiussore a costituire la cauzione definitiva – omissioni o irregolarità – soccorso istruttorio – ammissibilità

Guida alla lettura

L'irregolarità o l'omissione dell'impegno del fideiussore a rilasciare la c.d. cauzione definitiva è sanabile attraverso il soccorso istruttorio, dal momento che rappresenta una "irregolarità essenziale" dell'offerta e non una omissione di "elemento essenziale dell'offerta".

È questo il principio affermato dal Consiglio di Stato (sez. V, sent. n. 5230/2018), secondo cui irregolarità e omissioni riguardanti la succitata dichiarazione del fideiussore non determinano un'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, come tale insuscettibile di essere sanata attraverso il soccorso istruttorio. L'irregolarità o l'omissione in parola è dunque sanabile attraverso il soccorso istruttorio.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il tenore letterale dell'art. 38, comma 2 *bis* e dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006, applicabili *ratione temporis* alla gara oggetto del giudizio, non precludessero la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per sanare la mancanza o l'irregolarità dell'impegno del fideiussore alla costituzione della cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto.

La decisione si pone in linea di discontinuità con il diverso orientamento espresso dalla giurisprudenza formatasi sul vecchio codice, secondo la quale la mancanza dell'impegno del fideiussore alla costituzione della definitiva costituiva una carenza di elemento essenziale dell'offerta espressamente richiesto dalla legge "a pena di esclusione" (cfr. TAR Pescara, n. 16/2018; TAR Roma, n. 13503/2015).

Seppur riferita alla previgente disciplina, la sentenza assume rilievo anche nell'attuale contesto normativo, attesa l'analoga formulazione delle disposizioni di riferimento (art. 75, c. 8, d.lgs. n. 163/2006 e art. 93, c. 8, d.lgs. n. 50/2016, per quanto riguarda l'impegno del fideiussore da presentare in sede di gara; nonché artt. 38, c. 2bis e 46, d.lgs. n. 163/2006 e art. 83, c. 9, d.lgs. 50/2016, per quel che concerne il soccorso istruttorio).

Per completezza, deve ricordarsi che a seguito del decreto correttivo (d.lgs. n. 56/2017) la presentazione in sede di gara dell'impegno del fideiussore alla costituzione della cauzione



definitiva non può essere richiesta alle PMI (cfr. art. 93, c. 8, ult. periodo, d.lgs. n. 50/2016).

[Leggi la decisione](#)