

**\*Pubblicato su *Foro amm. TAR 2004, f. 11, 3450***

### **Intermediari finanziari e sistema normativo sulla disciplina delle cauzioni negli appalti pubblici**

[Sono illegittime le fideiussioni presentate negli appalti pubblici da parte di intermediari finanziari non appositamente autorizzati dal ministero del Tesoro.

Con questa motivazione, la prima sezione del Tar di Salerno (sent. n. 2015, depositata il 17 novembre), ha accolto la tesi del Comune di Pontecagnano - difeso dall'Avv. Giovanni Maria di Lieto - che aveva escluso la società ricorrente da una gara per lavori di arredo urbano, esclusione motivata dalla illegittimità della fideiussione rilasciata da parte di un intermediario finanziario sprovvisto della suddetta autorizzazione]

Nota a Tar Salerno, Sez. I, sentenza n. 2015/2004, depositata il 17/11/2004  
di

**Giovanni Maria di Lieto**

La società ricorrente deduce la illegittimità del bando di gara e del disciplinare nella parte in cui non consente la presentazione di cauzioni da parte di soggetti diversi da istituti bancari o assicurativi.

Gli atti impugnati violerebbero l'art. 145, comma 50, L. n. 388/2000.

E' opportuno ricostruire il sistema normativo sulla disciplina delle cauzioni.

L'art. 145, comma 50, L. n. 388 del 2000 ha stabilito che gli intermediari finanziari che posseggono alcune particolari caratteristiche operative (svolgimento in via esclusiva o prevalente di attività di intermediazione, secondo una certificazione che deve essere rilasciata dal Ministero del tesoro) sono abilitati a rilasciare cauzioni valide, ai fini dell'art. 30 L. n. 109 del 1994, sotto forma di polizze fidejussorie o fideiussioni dirette.

Prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, le norme sulla disciplina delle cauzioni prevedevano in modo esplicito e tassativo l'esigenza dell'intervento di un istituto bancario o assicurativo e tale previsione escludeva la possibilità di equiparare, ai fini del rilascio della polizza fidejussoria nell'ambito di una gara d'appalto, tali organismi bancari ed assicurativi agli intermediari finanziari.

Il legislatore, a fronte della evoluzione normativa che ha riconosciuto e normato, anche attraverso opportuni meccanismi di garanzia del mercato, l'attività degli intermediari finanziari, ha ritenuto di riconoscere in modo esplicito e puntuale tale evoluzione, innovando l'ordinamento ed equiparando, ai fini di cui è causa, intermediari finanziari ed istituti bancari ed assicurativi; ma, nell'operare tale equiparazione, il legislatore ha comunque previsto per questi soggetti economici un regime particolare, che richiede l'ulteriore intervento del Ministero del tesoro in funzione di certificazione delle caratteristiche funzionali di detti intermediari. E tale intervento dimostra in modo non discutibile il carattere innovativo della disposizione contenuta nell'art. 145 cit. (Consiglio Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3716; T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 17/7/2001, n. 1100; T.A.R. Campania Napoli - Sezione I, 10/02/2004, n. 2003).

L'autorizzazione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, prevista dall'art. 145, punto 50 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, per gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 che svolgano in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, costituisce una condizione esplicita e non certo "implicita" per lo svolgimento della ripetuta attività, non essendo sufficiente l'accertamento dell'iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385 del 1993 per dimostrare anche la presupposta avvenuta autorizzazione del Ministero (T.A.R. Friuli, 22/3/2003, n. 104).

Il parere del comitato anticiclaggio del Ministero del Tesoro n. 93 del 27/3/2001 chiarisce che "il legislatore ha subordinato l'esercizio della specifica attività in esame ad una apposita autorizzazione da parte del ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica. La ratio di tale autorizzazione è da rinvenirsi nella individuazione degli appalti pubblici come opere di particolare rilevanza per cui il legislatore ha ritenuto opportuno tutelare con maggiore efficacia le garanzie rilasciate in detto ambito.

Da una lettura sistematica delle disposizioni contenute nell'art. 30, co. 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e dell'art. 107 del D.Lgs. 385/93, il Comitato non può non rilevare come proprio la previsione dello strumento dell'autorizzazione specifica comporti necessariamente il possesso, per gli intermediari che

intendano svolgere attività di rilascio di garanzie in favore dello Stato e degli Enti Pubblici ai sensi della L. n. 109/94, di requisiti particolari rispetto a quelli richiesti in via generale agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. 385/93.

In tale contesto, il Ministero del Tesoro, del Bilancio e della Programmazione Economica dovrà definire detti requisiti particolari in collaborazione con le autorità competenti per la determinazione dei requisiti generali di iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. 385/93”.

Con la sentenza in esame (2015/2004), la Sez. I<sup>a</sup> del Tar Salerno (Pres. Fedullo – Rel. Grasso) aderisce alla giurisprudenza costante, ritenendo che “la disposizione in esame risulta inequivoca nell’ammettere bensì (ad innovazione del pregresso e restrittivo regime) la possibilità per gli intermediari non bancari di prestare cauzione, ma solo ove all’uopo autorizzati dal Ministero del Tesoro, del bilancio e della programmazione economica, non essendo sufficiente l’iscrizione nell’elenco speciale di cui all’art. 107 del d. lgs. n. 385/1993 (cfr., sul punto, T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 22 marzo 2003, n. 104; cfr. altresì il d.p.r. 30 marzo 2004, n. 115, che disciplina, in oggi, il procedimento di rilascio dell’autorizzazione, affidato al Ministero dell’economia e delle finanze)”.

Giovanni Maria di Lieto