

# *Autorità per la vigilanza*

*sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*

**Parere n. 109**

**del 9.04.2008**

## **PREC 44-08-S**

Oggetto: istanze di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentate dal Comune di Sarego e dalla società Gemeaz Cusin Ristorazione S.r.l. – affidamento servizio di ristorazione scolastica degli alunni delle scuole dell'infanzia statale ubicate nel territorio comunale di Sarego. S.A.: Comune di Sarego.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

*Considerato in fatto*

In data 22 novembre 2007 e 26 novembre 2007 sono pervenute rispettivamente all'Autorità le istanze di parere del Comune di Sarego e della società Gemeaz Cusin Ristorazione S.r.l. in ordine alla valutazione della conformità con le previsioni di cui al disciplinare di gara della cauzione provvisoria e dell'impegno del fideiussore a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva prodotte dalla Gemeaz Cusin Ristorazione S.r.l.

Secondo quanto rappresentato dalla stazione appaltante la cauzione provvisoria fornita dalla società riporta il seguente periodo: *“resta fermo che eventuali vostre richieste di adempimento degli obblighi derivanti dalla presente dovranno comunque pervenirci entro 30 giorni da detto termine di validità, in difetto di che la garanzia*

*resterà priva di ogni effetto, anche se non ci sarà restituita*". L'amministrazione ritiene che la clausola, così formulata, costituisca un limite alla rinuncia di eccezione del termine di decadenza, di cui all'art. 1957 cod. civ., previsto dall'art. 75, comma 4, del D.Lgs. 163/2006. Inoltre il Comune di Sarego espone che la dichiarazione rilasciata dal fideiussore di impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, presenta l'indicazione di un ammontare massimo complessivo di garanzia, in contrasto con quanto previsto nella documentazione di gara, dove viene indicato un importo presunto del contratto relativamente al quale il corrispondente importo della garanzia fideiussoria può variare.

Secondo quanto esposto dalla Gemeaz Cusin Ristorazione S.r.l., ammessa con riserva alle ulteriori fasi di gara a causa delle censure soprariportate, la clausola contestata è stata inserita nella polizza fideiussoria al fine di non rendere la stessa indeterminata, dato che il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, senza essere soggetto a termini di decadenza. Pertanto tale periodo non stravolgerebbe né limiterebbe l'impegno assunto dall'Istituto bancario. In merito all'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria, la società ritiene che l'ammontare massimo dichiarato pari al 10% dell'importo dell'appalto, sia conforme a quanto previsto dall'art. 75, comma 8 del D.Lgs. 163/2006. Inoltre, la società specifica di non aver beneficiato della riduzione della cauzione che in possesso della certificazione ISO sarebbe comunque inferiore a quella garantita.

### *Ritenuto in diritto*

L'articolo 75, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che la garanzia a corredo dell'offerta debba espressamente prevedere la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, codice civile. L'articolo in commento prevede, al primo comma, che il fideiussore rimanga obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore. Ai sensi dei successivi secondo e terzo comma, la predetta disposizione si applica anche nel caso in cui il fideiussore abbia espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale, purché l'istanza contro il debitore sia proposta entro due mesi.

Ne discende che il fideiussore rimane obbligato per il tempo posteriore alla scadenza dell'obbligazione principale solo nel caso in cui il creditore si faccia carico dell'onere di far valere le proprie istanze nei confronti del debitore principale entro il termine decadenziale di due mesi. Appare, pertanto, evidente l'intento perseguito dal

legislatore con la previsione della rinuncia all'eccezione di cui ai commi 2 e 3 del citato articolo 1957 codice civile: offrire alla stazione appaltante una garanzia maggiore, riconducendola alla fattispecie disciplinata dal primo comma dell'articolo 1957 cod.civ.

Nel caso in esame, la sezione 2, art. 2, del disciplinare, ha correttamente previsto, in applicazione del sopracitato art. 75, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006, l'obbligo per il fideiussore di rinunciare all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 cod. civ.

Ne consegue che la polizza fideiussoria presentata in gara riportante l'inciso contestato dalla stazione appaltante, introduce una condizione temporale che espressamente l'art. 75 succitato ha inteso eliminare, rendendo, pertanto, la garanzia fideiussoria non conforme alla normativa di settore. Sul punto occorre inoltre evidenziare che, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, le disposizioni contenute nei bandi di gara devono ritenersi integrate con le norme di legge aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, in virtù del principio di eterointegrazione, con la conseguenza, pena l'esclusione, che gli offerenti sono obbligati ad adempiere a tutte le prescrizioni previste dalla norma.

In conseguenza di quanto sopra evidenziato, la seconda questione relativa all'importo massimo dichiarato in sede di dichiarazione di impegno del fideiussore, può considerarsi assorbita.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- che la polizza fideiussoria presentata dalla Gemeaz Cusin Ristorazione S.r.l., non è conforme alla normativa di settore, nonché alla *lex specialis* di gara.

I Consiglieri Relatori

Alessandro Botto

Giuseppe Brienza

Il Presidente

Luigi Giampaolino