

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 81

del 20.03.2008

PREC268/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Citytel s.r.l. – fornitura del servizio di manutenzione ed assistenza degli impianti tecnologici installati presso il complesso monumentale Belvedere di San Leucio. S.A. Comune di Caserta.

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 12 giugno 2007 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto con la quale la Citytel s.r.l. ha richiesto all'Autorità di avvalorare la tesi secondo la quale la stessa sarebbe stata illegittimamente esclusa dalla gara perché la polizza fideiussoria presentata non conteneva esplicitamente la frase prevista dal capitolato tecnico amministrativo "... senza che possano essere opposte eccezioni".

In particolare, la Citytel s.r.l. ha rilevato che nella polizza presentata non è prevista alcun tipo di eccezione e le condizioni contenute sono quelle tipiche dello schema tipo 1.1. Inoltre, l'impresa istante ha evidenziato che la mancanza della frase su richiamata non può essere ritenuta sufficiente a determinarne l'esclusione dalla gara.

In sede di istruttoria procedimentale, la Stazione appaltante, ha rappresentato che l'art. 6 del capitolato tecnico amministrativo prescrive, tra l'altro, l'obbligo di allegare alla istanza di partecipazione "la cauzione provvisoria di cui al successivo articolo 26.." e l'art. 26 stabilisce che "la polizza dovrà prevedere le seguenti clausole... b) al verificarsi delle condizioni previste per l'escussione della garanzia, il pagamento nei limiti dell'importo garantito, è eseguito a prima

richiesta del Comune, senza che possano essere opposte eccezioni, ed entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data di ricezione della richiesta scritta”.

A parere della Stazione appaltante, il combinato disposto degli articoli sopra richiamati impone la presentazione di una polizza che espressamente riporti la rinuncia a qualsivoglia eccezione da parte del fideiussore in caso di richiesta di pagamento e, peraltro, l'assenza della clausola *de qua*, pone dei problemi in ordine al rispetto del principio di *par condicio* nei confronti di quelle imprese che hanno correttamente contratto la polizza.

Ritenuto in diritto

Con deliberazione n. 118/2006 l'Autorità ha chiarito che, ai sensi dell'articolo 253, comma 3 del d. Lgs. n. 163/2006, per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento esecutivo, continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari vigenti – tra cui il D.M. 12 marzo 2004 n. 123 - nei limiti di compatibilità con il codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, l'appalto in esame, riguarda la fornitura di un servizio e non già la realizzazione di lavori pubblici, ai quali, soltanto, come sopra rilevato, si applica nei limiti della compatibilità con il codice dei contratti pubblici, il D.M. 12 marzo 2004 n. 123, e quindi lo schema tipo 1.1. in esso allegato e presentato dalla Citytel s.r.l. nella gara di cui trattasi.

Per l'effetto, negli appalti di fornitura e servizi vige quanto previsto dalla norma (articolo 75, comma 4, del codice dei contratti pubblici) e dalla *lex specialis*. In particolare, quest'ultima, nel caso di specie ha previsto - all'articolo 26 del capitolato tecnico amministrativo - che la cauzione provvisoria riporti espressamente la rinuncia a qualsivoglia eccezione da parte del fideiussore (“senza che possano essere opposte eccezioni”) e pertanto, in assenza dell'applicazione di uno specifico schema tipo, la citata clausola avrebbe dovuto essere necessariamente rispettata dai concorrenti in sede di redazione della cauzione.

Peraltro, non possono essere ritenute condivisibili le osservazioni rappresentate dall'impresa istante in ordine al fatto che la polizza presentata non contiene eccezioni, in quanto ciò non impedisce al fideiussore, proprio perché assente nella cauzione una espressa previsione di rinuncia in tal senso, di produrre eccezioni in caso di richiesta di pagamento.

Ne discende che la polizza fideiussoria presentata in gara e predisposta dalla Citytel s.r.l., secondo lo schema tipo di cui al D.M. 12 marzo 2004 n. 123, avrebbe dovuto essere integrata con quanto prescritto espressamente dal capitolato tecnico amministrativo ed in particolare dalla clausola di cui alla lettera b) dell'articolo 26, anche in doverosa osservanza del principio di parità di trattamento dei partecipanti alla gara.

Inoltre, appare priva di fondamento la contestazione sollevata dall'impresa istante secondo la quale non costituisce motivo di esclusione dalla gara l'assenza, nella polizza, della sola frase "senza che possano essere opposte eccezioni" in quanto, sebbene l'articolo 6 del capitolato tecnico amministrativo richieda a pena di esclusione la "cauzione provvisoria di cui al successivo articolo 26.", e quindi l'intero documento, quest'ultimo non può ritenersi presentato nella sua interezza (definita dagli atti di gara) e pertanto non risulta essere conforme alla *lex specialis*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di comunicare alle Parti interessate che l'esclusione della Citytel s.r.l., è conforme alla normativa di settore in quanto, la polizza fideiussoria a garanzia dell'offerta non contiene tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Piero Calandra

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9.04.2008