

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 54

del 23.04.2009

PREC 353/08/F

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla ASL n. 9 di Trapani. Fornitura quinquennale di Sistemi Diagnostici completi. - Importo a base d'asta: € 5.485.000,00 - S.A.: ASL n. 9 di Trapani.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 30 luglio 2008 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'ASL n. 9 di Trapani ha rappresentato che, nel corso delle operazioni di gara relative alla procedura di affidamento della fornitura in oggetto, ha escluso l'impresa concorrente Biodiversity S.p.A., per non aver rispettato la disposizione di cui all'articolo 5, punto 4) del capitolato speciale d'appalto, che prescriveva, a pena di esclusione, di produrre una "*cauzione a garanzia dell'offerta del 2% del prezzo complessivo a base d'asta del lotto/i per cui la ditta concorre*" avente "*validità per almeno 270 (duecentosettanta) giorni dalla data di presentazione dell'offerta*".

In particolare, la stazione appaltante ha evidenziato che la Scheda Tecnica della polizza fideiussoria, prodotta dalla società concorrente a corredo dell'offerta, riporta le seguenti diciture: "*data inizio garanzia fideiussoria: v. art. 2 Schema Tipo 1.1*", "*data cessazione garanzia fideiussoria: v. art. 2 Schema Tipo 1.1*", mentre "*ai soli fini del calcolo del premio, si indica durata dal 3 giugno 2008 al 10 marzo 2009*", ed ha, altresì, precisato che il menzionato articolo 2 dello Schema Tipo 1.1, cui la predetta Scheda Tecnica rinvia, prevede, tra l'altro, che la garanzia "*b) ha validità di almeno 180 giorni*" a decorrere dalla data di presentazione dell'offerta, una durata, quindi, inferiore ai 270 giorni prescritti dal capitolato speciale d'appalto, e che la polizza in questione alla data di presentazione dell'offerta era integrata solo dalla "Appendice n. 1", redatta in data 11 giugno 2008, nella quale "*si precisa che: - la data di presentazione delle offerte sarà il 26*

giugno 2008 e la data della gara sarà il 26 giugno 2008, diversamente da quanto indicato in polizza; - ai fini del calcolo del premio, si indica durata dal 26 giugno 2008 al 31 marzo 2009.”

Analizzando la predetta documentazione prodotta in sede di gara dalla Biodiversity S.p.A., la stazione appaltante ha ritenuto di dover attribuire un diverso significato alla locuzione “*durata ai fini del calcolo del premio*” rispetto alla locuzione “*durata della garanzia*”, riconoscendo solo a quest’ultima la funzione di individuare la durata del rapporto fideiussorio, atteso che, si precisa nella memoria prodotta nel presente procedimento, “*la durata al fine del calcolo del premio attiene al profilo economico della polizza; la durata della garanzia è il fatto nominalistico e materiale, individuante l’arco temporale di operatività della copertura assicurativa*”.

Conseguentemente, dal momento che il capitolato speciale d’appalto prescriveva di corredare l’offerta di una cauzione provvisoria avente validità per almeno 270 giorni, mentre dal rinvio all’articolo 2 dello Schema Tipo 1.1 contenuto nella Scheda Tecnica della polizza si deduceva una “*durata della garanzia*” di almeno 180 giorni, la stazione appaltante ha ritenuto la medesima non conforme alle disposizioni di gara ed ha provveduto ad escludere il concorrente.

La Biodiversity S.p.A. ha contestato il provvedimento di esclusione, a fronte del quale ha prodotto alla stazione appaltante, con finalità di chiarimento, un’“*Appendice n. 2*” alla polizza, redatta il 4 luglio 2008, quindi successivamente alla presentazione dell’offerta, con la dicitura “*Con la presente appendice, che forma parte integrante della polizza sopra specificata, si precisa la durata della presente polizza si intende di almeno 270 giorni in deroga all’articolo 2 dello schema tipo*” ed ha rappresentato, altresì, che l’espressione “*almeno 180 giorni*”, contenuta nell’articolo 2 dello Schema Tipo 1.1, indica un limite temporale stabilito non dalla società concorrente, ma dall’articolo 75, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006 che, tuttavia, non ha alcuna correlazione con l’effettiva durata della polizza in questione, da intendersi invece riferita al periodo compreso tra il 26 giugno 2008 e il 31 marzo 2009, come espressamente indicato nell’Appendice n. 1, che integrava la polizza stessa sin dalla data di presentazione dell’offerta.

Inoltre, la medesima società ha specificato alla stazione appaltante che l’espressione “*ai soli fini del calcolo del premio*” viene utilizzata per prassi consolidata nella redazione dei depositi cauzionali e non implica l’esclusione di altri scopi dalla copertura assicurativa, per cui non sussiste alcuna differenza dal punto di vista legale tra i periodi di tempo individuati come “*durata della garanzia*” e “*durata ai fini del calcolo del premio*”, che coincidono nella polizza presentata e consistono in 278 giorni.

Ad ulteriore conferma della validità della polizza prodotta, la Biodiversity S.p.A. ha citato l’articolo 2 dello Schema Tipo, laddove si precisa che la garanzia “*c) cessa automaticamente qualora il contraente non risulti aggiudicatario o secondo in graduatoria della gara, estinguendosi comunque ad ogni effetto trascorsi 30 giorni dall’aggiudicazione della gara ad altra impresa*” ed ha, inoltre, rilevato che qualora la documentazione presentata in sede di gara non sia chiara, seppur valida, la Commissione ha facoltà di richiedere chiarimenti al fine di disporre di elementi aggiuntivi, nel rispetto della più ampia partecipazione alla gara.

Alla luce di quanto sopra, l’istante ASL n. 9 di Trapani ha chiesto a questa Autorità di pronunciarsi, in primo luogo, sulla legittimità dell’esclusione del concorrente che abbia prodotto una polizza fideiussoria nella quale siano espressamente indicati una “*durata della garanzia*” di almeno 180

giorni ed una “durata ai soli fini del calcolo del premio” di oltre 270 giorni, nell’ipotesi in cui il bando prescriva a pena di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria avente durata di 270 giorni. In subordine, l’istante ha chiesto se la previsione di una condizione di polizza secondo cui la “*garanzia cessa automaticamente qualora il contraente non risulti aggiudicatario o secondo in graduatoria della gara, estinguendosi comunque ad ogni effetto trascorsi 30 giorni dall’aggiudicazione della gara ad altra impresa*” costituisca una clausola di scadenza automatica anticipata della cauzione in contrasto con l’articolo 75, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006 e, altresì, se la durata della cauzione provvisoria debba qualificarsi come “*elemento essenziale dell’offerta*” che, in quanto tale, non può essere oggetto di integrazioni.

A riscontro del contraddittorio documentale avviato da questa Autorità, la Biodiversity S.p.A. ha ribadito le medesime argomentazioni già avanzate nei confronti della stazione appaltante a sostegno dell’illegittimità del provvedimento di esclusione emesso.

Ritenuto in diritto

Al fine di risolvere la controversia oggetto del presente procedimento, occorre preliminarmente rilevare che l’art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, in relazione alle garanzie a corredo delle offerte dispone, al comma 5, che la garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell’offerta e che il bando o l’invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore in relazione alla data presumibile del procedimento.

Il legislatore in tal modo ha inteso equiparare i termini minimi di irrevocabilità dell’offerta, fissati dall’articolo 11, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006 in 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione, ai termini di durata minima della cauzione, stante la duplice finalità della stessa, di garantire la stazione appaltante dall’eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte dell’aggiudicatario, ma anche di assicurare l’affidabilità e la serietà dell’offerta presentata fino al momento della stipula del contratto e della presentazione della cauzione definitiva.

Considerata la predetta possibilità che l’ordinamento riconosce alla stazione appaltante di prescrivere un periodo di validità della cauzione provvisoria maggiore del termine minimo previsto, qualora la stazione appaltante si avvalga di tale facoltà, la portata vincolante di una siffatta prescrizione esige che alla stessa sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, con la conseguenza che se, come nella specie, è stata comminata espressamente la sanzione dell’esclusione quale effetto della violazione di tale prescrizione, l’amministrazione è tenuta a darne precisa ed incondizionata esecuzione (cfr. in tal senso parere n. 11 del 29 gennaio 2009 e parere n. 85 del 20 marzo 2008).

Acclarata, dunque, la legittimità della richiesta da parte della ASL n. 9 di Trapani di una garanzia con un termine di validità maggiore di 180 giorni, e precisamente di “*validità per almeno 270 (duecentosettanta) giorni dalla data di presentazione dell’offerta*”, come previsto dall’articolo 5,

punto 4) del capitolato speciale d'appalto, la questione prioritaria sottoposta dalla stazione appaltante istante concerne, propriamente, la correttezza delle modalità seguite dal Seggio di gara nell'interpretare ed applicare il contenuto della suddetta prescrizione.

Infatti, come si evince dalla memoria prodotta dalla suddetta ASL nel presente procedimento, la valutazione di difformità del contenuto della polizza fideiussoria presentata dalla Biodiversity S.p.A. rispetto alla citata disposizione della *lex specialis* di gara, causa della sua esclusione dalla gara, si fonda su un mero assunto formale della stazione appaltante, secondo cui solo la locuzione "*durata della garanzia*" costituirebbe il fatto nominalistico e materiale, individuante l'arco temporale di operatività della copertura assicurativa, mentre la "*durata ai fini del calcolo del premio*" riguarderebbe esclusivamente il profilo economico della polizza, avendo rilievo solo con riferimento alla determinazione del premio spettante alla società assicuratrice.

Soccorre nella valutazione dell'operato della stazione appaltante nel caso in oggetto l'orientamento seguito dal Giudice Amministrativo (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2725 del 4 maggio 2004) che, in una fattispecie analoga alla presente, ha affermato il principio secondo cui le clausole contenute in una polizza fideiussoria, conformemente ai principi generali in materia di interpretazione del negozio giuridico, vanno considerate nel loro complesso, indagando sulla reale intenzione dei contraenti e valutando il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto, ai sensi degli articoli 1362 e 1363 del Codice civile.

Ne consegue che, nel caso in esame, non può considerarsi indicativo della durata del contratto - nella specie della polizza fideiussoria - il solo termine minimo "*di almeno 180 giorni*", stabilito dall'articolo 2 dello Schema Tipo 1.1., al quale la Scheda Tecnica rinvia ai fini della "*durata della garanzia*".

Occorre, infatti, tenere in debito conto, innanzitutto, che si tratta propriamente di un termine minimo riportato in un modello predisposto come schema tipo di contratto che, pertanto, non esclude la possibilità che la validità della polizza sia, invece, superiore a 180 giorni, qualora sussista nel contratto stesso un'altra, specifica, indicazione in tal senso.

Inoltre, si deve altresì considerare che alla medesima Scheda Tecnica è allegata l'Appendice n. 1, che costituiva parte integrante della polizza fideiussoria sin dalla data di presentazione dell'offerta, contenente una specifica prescrizione relativa al periodo temporale di copertura della garanzia, che, in quanto tale, integra il termine generale minimo di 180 giorni riportato nell'articolo 2 dello Schema Tipo 1.1., estendendolo a 278 giorni, a nulla rilevando il fatto che quest'ultimo sia indicato come "*durata ai soli fini del calcolo del premio*". Non sembra, infatti, possibile prescindere dalla necessaria sussistenza di una corrispondenza tra il termine di durata della polizza e, quindi, della garanzia, e il premio che il contraente si obbliga a versare al garante, calcolato proprio sulla durata effettiva della garanzia stessa.

Pertanto, tenendo conto delle clausole contrattuali nel loro complesso, la stazione appaltante avrebbe dovuto interpretare il contratto, ossia la polizza fideiussoria, nel senso che la stessa ha un'efficacia pari a 278 giorni, ovvero il periodo indicato dal 26 giugno 2008 (termine di scadenza per la presentazione delle offerte) e il 31 marzo 2009; un periodo di validità che risulta, quindi, conforme alle prescrizioni di cui alla *lex specialis* che impone di corredare l'offerta di una cauzione provvisoria avente validità di almeno 270 giorni.

Peraltro, l'ASL n. 9 di Trapani, esercitando il poter riconosciutole dall'articolo 46 del D.Lgs. n. 163/2006 di invitare le imprese concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni prodotti in sede di gara, avrebbe potuto chiedere chiarimenti alla società concorrente in ordine all'effettiva durata della garanzia fideiussoria, senza in tal modo pregiudicare la par condicio dei concorrenti o consentire l'integrazione successiva di un elemento essenziale dell'offerta, previsto a pena di esclusione.

Nel caso di specie, infatti, la richiesta di chiarimenti avrebbe esclusivamente avuto la finalità di chiarire il contenuto di difficile interpretazione della polizza fideiussoria in tutti i suoi elementi costitutivi (Scheda Tecnica, Schema Tipo 1.1. e Appendice n. 1), ovvero di un documento già in possesso della stazione appaltante, senza determinare una indebita sostituzione della medesima alla diligenza esigibile da parte di tutti i concorrenti. Al contrario, una valutazione circa la sussistenza delle condizioni prescritte dalla disciplina di gara che si limiti al contenuto estrinseco e formale di un determinato documento, come quella prospettata e condotta dalla stazione appaltante, potrebbe integrare gli estremi della violazione del criterio del giusto procedimento, introdotto dall'articolo 3 della legge n. 241/1990 (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2725/2004 cit.).

Si evidenzia, infine, che la conformità della polizza fideiussoria al periodo di durata richiesto dal capitolato speciale di appalto è stata ulteriormente confermata dall'Appendice n. 2, datata 4 luglio 2008, nella quale si legge che *“Con la presente appendice, che forma parte integrante della polizza sopra specificata, si precisa la durata della presente polizza si intende di almeno 270 giorni in deroga all'art. 2 dello schema tipo”*. Tale documento, avendo, per quanto in precedenza osservato, natura di mero chiarimento, ancorché prodotto in data successiva alla presentazione dell'offerta, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a rivedere le proprie valutazioni in virtù del richiamato onere di indagare della reale intenzione dei contraenti, valutando il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 Codice civile).

Stante il carattere assorbente del motivo sopra esaminato, si rende superfluo l'esame della fondatezza delle altre censure contenute nell'istanza in esame.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente Biodiversity S.p.A. non è conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Andrea Camanzi

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5.05.2009