

Parere n. 138 del 22/07/2010

PREC 48/10/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Cooperativa CIR-FOOD – Affidamento triennale del servizio di ristorazione collettiva presso i Convitti e le Case Albergo dell'INPDAP –Importo a base d'asta: euro 9.104.442,00 – S.A.: INPDAP.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 25 febbraio 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Società Cooperativa CIR-FOOD ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla asserita illegittimità dell'esclusione dalla procedura di gara in oggetto, disposta nei suoi confronti dalla stazione appaltante, con la motivazione che *“la cauzione provvisoria prodotta non è risultata conforme a quanto richiesto dal disciplinare di gara, art. 4, lett. p), per quanto riguarda la clausola di rinuncia al beneficio del termine di cui all'art. 1957 c.c.”*.

Nello specifico, la società cooperativa istante ha rappresentato che la fideiussione bancaria prestata in sede di gara e prodotta nel presente procedimento non solo è conforme a tutte le prescrizioni della *lex specialis* anche in punto di durata, ma è integralmente recettiva di tutte le prescrizioni richieste dall'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'INPDAP ha confermato la legittimità del proprio operato, evidenziando che, pur essendo presente nel testo della fideiussione rilasciata dalla società cooperativa istante la clausola di rinuncia al beneficio del termine di cui all'art. 1957 c.c., nello stesso documento era tuttavia prevista un'ulteriore clausola, secondo la quale *“La presente fidejussione è valida fino al 31/12/2009. Decorsa tale data senza che sia pervenuta alla sottoscritta Banca Popolare di Verona – S. Geminiano e S. Prospero S.p.A. richiesta di operatività, con le modalità sopra indicate, della fideiussione, la stessa si intenderà definitivamente estinta e priva di ogni effetto”*. A giudizio della stazione appaltante tale ultima clausola, essendo contraddittoria rispetto alla prima, ha reso incerta l'effettiva portata della garanzia facendo venire meno la certezza in merito alle condizioni prescritte dalla documentazione di gara a pena di esclusione.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire la questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, occorre preliminarmente rilevare che l'art. 75, comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che la garanzia a corredo dell'offerta deve prevedere espressamente, tra l'altro, *“la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, codice civile.”*

Il richiamato articolo del codice civile prevede, al primo comma, che *“il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate”*, e, ai sensi del successivo comma 2, *“la disposizione si applica anche nel caso in cui il fideiussore ha*

espressamente limitato la sua fideiussione allo stesso termine dell'obbligazione principale. In questo caso però l'istanza contro il debitore deve essere proposta entro due mesi", per cui 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 evidente, pertanto, l'intento perseguito dal legislatore del Codice dei contratti pubblici con la previsione, al comma 4 dell'art. 75, della rinuncia all'eccezione di cui al comma 2 del citato art. 1957 del codice civile: offrire alla stazione appaltante una garanzia maggiore, riconducendola alla fattispecie disciplinata dal primo comma dell'articolo 1957 del codice civile.

Premesso quanto sopra, dall'esame del testo della fideiussione prestata in sede di gara dalla Società Cooperativa CIR-FOOD e prodotta nel presente procedimento si evince – come peraltro riconosciuto dalla stessa stazione appaltante – che la clausola di rinuncia al beneficio del termine di cui all'art. 1957 del codice civile è stata regolarmente inserita dalla Banca Popolare di Verona – S. Geminiano e S. Prospero S.p.A. con la seguente formula *“Vi dispensiamo dall'onere di agire nei confronti del Debitore Principale entro i termini previsti dall'art. 1957 c.c., volendo rimanere obbligati anche qualora non abbiate proposto le Vostre istanze contro il Debitore Principale e gli eventuali coobbligati e non le abbiate continuate.”*. Tuttavia, nella stessa polizza fideiussoria è stato altresì riportato l'inciso – contestato dall'INPDAP – secondo il quale *“La presente fideiussione è valida fino al 31/12/2009. Decorsa tale data senza che sia pervenuta alla sottoscritta Banca Popolare di Verona – S. Geminiano e S. Prospero S.p.A. richiesta di operatività, con le modalità sopra indicate, della fideiussione, la stessa si intenderà definitivamente estinta e priva di ogni effetto”*, il cui tenore è tale da introdurre un elemento di incertezza circa l'effettiva portata della garanzia e, conseguentemente, circa l'effettiva conformità della stessa alle condizioni prescritte dalla documentazione di gara, a pena di esclusione.

In presenza di un siffatto dubbio, scaturito dalla contraddittorietà di due clausole contenute nel medesimo testo della fideiussione, soccorre nella valutazione del corretto operato della stazione appaltante l'orientamento seguito dal Giudice Amministrativo (Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2725) che, in una fattispecie analoga, 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 (cfr., in tal senso parere n. 54 del 23 aprile 2009).

Pertanto, tenendo conto delle clausole contrattuali nel loro complesso ed 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, la stazione appaltante, invece di escludere dalla gara la società cooperativa concorrente, avrebbe potuto chiedere chiarimenti in ordine all'effettiva portata della garanzia di cui trattasi, senza in tal modo pregiudicare la *par condicio*, atteso che, nel caso di specie, è incontestato e risulta agli atti che la controversa clausola di rinuncia al beneficio del termine di cui all'art. 1957 del codice civile era già presente nel testo della fideiussione prodotta dalla Società Cooperativa CIR-FOOD in sede di gara, per cui non si sarebbe trattato di un'integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta in violazione del suddetto principio di parità di trattamento di tutti i partecipanti alla procedura di gara.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara disposta dalla stazione appaltante nei confronti della Società Cooperativa CIR-FOOD non sia conforme alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f. : Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 29 luglio 2010