

Parere n. 224 del 16/12/2010

PREC 214/10/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa DEMOTER S.p.A. – Progettazione esecutiva ed esecuzione dell'opera: S.S. 51 “Alemagna” – Variante di Vittorio veneto (Tangenziale est) – Collegamento La Sega – Ospedale- primo Stralcio “La Sega – Rindola” – Importo a base d'asta: € 52.210.231,67 – S.A.: ANAS S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 20 settembre 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la società DEMOTER S.p.A. ha chiesto l'avviso di questa Autorità in merito alla procedura ristretta bandita da ANAS S.p.A. ex art. 55, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione della seguente opera: <<S.S. 51 “Alemagna” – Variante di Vittorio veneto (Tangenziale est) – Collegamento La Sega – Ospedale- primo Stralcio “La Sega – Rindola”>>.

L'istante rappresenta che in data 12 agosto 2009 è stato pubblicato il bando di gara, che al punto III.1.1., Cauzioni e garanzie richieste, richiama l'art. 75 D.Lgs. n. 163/2006 per la cauzione provvisoria e gli artt. 111, 113 e 129 DLgs. n. 163/2006 per la cauzione definitiva e le polizze assicurative.

Successivamente in data 13 maggio 2010 la stazione appaltante ha stipulato una convenzione con Enel Produzione S.p.A. volta a regolare l'interferenza tra la galleria Sant'Augusta da realizzare e la galleria di derivazione Savassa – Carron di Enel Produzione S.p.A. In particolare l'art. 6 della predetta convenzione prevede la stipulazione a favore di Enel Produzione S.p.A. di una polizza fideiussoria a copertura degli eventuali danni subiti dai suoi impianti in occasione dell'esecuzione dell'appalto *de quo* ed una polizza assicurativa decennale a copertura degli eventuali danni subiti dagli stessi impianti in seguito all'apertura della galleria Sant'Augusta. A tal fine, ANAS S.p.A. si è obbligata nei confronti di Enel Produzione S.p.A. ad inserire l'obbligo di stipulare la polizza fideiussoria “tra le condizioni dei documenti di gara a carico dell'impresa esecutrice”.

Conseguentemente in data 22 giugno 2010 la stazione appaltante ha trasmesso la lettera di invito per l'affidamento dei lavori in oggetto, che prevede a carico dell'aggiudicatario l'obbligo di presentare oltre alle polizze previste dal codice degli appalti pubblici e già richiamate nel bando di gara anche le ulteriori due polizze indicate nella convenzione su citata.

Più precisamente la lettera di invito nel paragrafo rubricato “Fase esecutiva” dispone che l'aggiudicatario è obbligato a fornire a titolo di garanzia definitiva una fideiussione, ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, nonché le polizze assicurative di cui all'art. 129, comma 1 e 2, e “*in particolare per quanto riguarda i lavori di sottopasso del canale ENEL, l'Aggiudicatario è obbligato a stipulare una polizza fideiussoria di primaria compagnia bancaria o assicuratrice a prima richiesta e senza necessità di costituzione in mora di euro 13.000.000,00 a favore di ENEL, così come previsto dall'art. 6 della Convenzione ANAS-ENEL (Allegato 1 alla presente lettera di invito), cui si fa riferimento. Tale polizza fideiussoria dovrà essere consegnata ad ENEL prima dell'inizio di qualsiasi lavoro previsto nella Convenzione. Detta garanzia sarà svincolata dall'ENEL dopo un anno dall'entrata in esercizio con apertura al traffico veicolare della galleria di Sant'Augusta di doppio sottopasso al canale Enel, all'accertamento dell'inesistenza di eventuali danni. A ulteriore garanzia della regolare esecuzione dei lavori, dovrà essere stipulata inoltre*

idonea polizza di Assicurazione con durata non inferiore a 10 anni dall'entrata in esercizio con apertura al traffico veicolare della Galleria di sant'Augusta di sottopasso al canale Enel, a integrale copertura di eventuali difetti, lesioni, danni, che dovessero riscontrarsi nelle opere, nei dieci anni successivi a tale evento. La polizza dovrà coprire non solo i danni emergenti ma anche il lucro cessante (e pertanto la mancata produzione di energia elettrica) per il periodo in cui si dovesse mettere fuori esercizio il canale ENEL al fine di effettuare i lavori necessari al ripristino della sua piena efficienza e dovrà essere consegnata ad ENEL, tramite ANAS, almeno tre mesi prima della data ultima di scadenza della fideiussione: nel caso in cui ciò non avvenga ENEL potrà provvedere a stipulare da sé medesima idonea copertura assicurativa, escutendo la fideiussione stessa” (pagg. 30-31).

A seguito della richiesta di chiarimenti presentata dai concorrenti, la stazione appaltante ha precisato che *“ il massimale pari a 13.000.000,00 euro, di cui alla polizza fideiussoria prevista dal 1° comma dell'art. 6 della Convenzione ANAS-ENEL Produzione S.p.A. del 13/05/2010 è applicabile anche alla polizza di assicurazione di cui al 4° e 5° comma del suddetto art. 6 della Convenzione”*.

L'istante rappresenta di essersi rivolto agli operatori del settore bancario e assicurativo per stipulare le polizze richieste dall'ANAS a favore di Enel produzione S.p.A. e di non aver trovato alcuno disposto a rilasciare queste ultime, *“trattandosi di polizze atipiche, non previste dalla legge, di rilevantissimo importo, in favore di un soggetto diverso dal Committente, a copertura di rischi diversi, da svincolarsi secondo modalità atipiche”*.

La DEMOTER S.p.A., quindi, fa presente che, pur avendo chiesto all'ANAS S.p.A. di ricondurre a legittimità gli atti posti in essere, la sua richiesta non ha trovato il consenso della stazione appaltante, e, pertanto, ha presentato l'istanza in epigrafe, censurando la prescrizione della lettera di invito sopra trascritta, in quanto le avrebbe impedito la partecipazione alla gara. La società, infatti, rivela che *“pur possedendo i requisiti per partecipare alla gara quali stabiliti dalla legge ... non può concorrervi per l'impossibilità di stipulare le garanzie “particolari” richieste dall'ANAS (per altro di importi sproporzionati e in favore di soggetto terzo Enel Produzione spa) non intendendo alcuna compagnia di assicurazione assumere l'obbligo di presentare (non già la cauzione definitiva di cui all'art. 113 del Codice) le ulteriori diverse e atipiche polizze cauzionali e assicurative”*.

In particolare l'istante assume la violazione degli artt. 75, 111, 113 e 129 del D.Lgs. n. 163/2006 nonché del principio di tipicità e tassatività delle garanzie cauzionali ed assicurative in materia di contratti pubblici, in quanto la stazione appaltante ha imposto all'aggiudicatario l'obbligo di prestare garanzie ulteriori e diverse rispetto a quelle previste dal citato codice, con la conseguenza che le garanzie in esame sarebbero viziata da nullità. Ciò comporterebbe, secondo la DEMOTER, anche una violazione dei principi di buona amministrazione e di legalità, posto che la nullità impedirebbe di soddisfare quell'esigenza di disporre di una garanzia più puntuale, che pare sorreggere la previsione censurata. Peraltro trattandosi di polizze da rilasciare a favore di un soggetto estraneo al contratto di appalto e, quindi, diverso dal committente, le stesse verrebbero a *“stravolgere i principi in materia di responsabilità civile”*.

L'istante, inoltre, denuncia violazione del bando di gara, dei principi che sovrintendono allo svolgimento delle gare, dei principi di pubblicità e di affidamento nonché dell'art. 1372 c.c., in quanto la previsione censurata è stata introdotta dalla stazione appaltante direttamente nella lettera di invito, modificando in tal modo gli atti di gara nonché le stesse condizioni di affidamento su cui i soggetti prequalificati avrebbero confidato. Peraltro, osserva l'istante, che ciò è avvenuto per adempiere ad un'obbligazione assunta dalla stazione appaltante verso Enel Produzione S.p.A. dopo la pubblicazione del bando di gara, violando in tal modo anche il principio di efficacia relativa del contratto.

Con successiva nota del 5.10.2010, inviata a questa Autorità a seguito dell'avvio del procedimento, l'istante richiama le Determinazioni n. 51 del 31 marzo 2004 e n. 56 dell'11 luglio 2007, per ribadire il carattere di specialità e di omnicomprensività proprio del sistema di garanzie previsto dal

codice dei contratti pubblici ed osserva, infine, che nel caso in esame non ricorre alcuna delle condizioni di cui all'art. 69 D.Lgs. n. 163/2006, in presenza delle quali la stazione appaltante può esigere particolari condizioni di esecuzione del contratto.

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante ha replicato alle censure mosse dall'istante, premettendo alcune osservazioni in punto di fatto. L'ANAS S.p.A. ha fatto presente che durante la redazione del progetto definitivo messo a gara si è reso necessario risolvere le problematiche derivanti dall'interferenza dell'esecuzione dei lavori in esame, ed in particolare dello scavo per la galleria S. Augusta, con il canale Savassa-Carron di Enel Produzione S.p.A., al fine di consentire la realizzazione della galleria in piena sicurezza, senza pregiudicare l'integrità delle opere preesistenti. Dagli incontri avuti con Enel Produzione S.p.A. è emersa la necessità di procedere ad un consolidamento preventivo del suddetto canale, con interruzione del flusso di acqua in coincidenza del sottopassaggio con la galleria. L'ANAS S.p.A. ha, quindi, sottoscritto una convenzione con Enel Produzione S.p.A. per regolare i reciproci rapporti ed interessi - secondo la stazione appaltante "*entrambi di prevalente rilevanza pubblica*" (pag. 5 nota prot. 6739/2010) - e si è impegnata ad inserire nei documenti della gara *de qua* l'obbligo per l'impresa esecutrice di stipulare le polizze previste nella convenzione su citata a tutela di Enel Produzione S.p.A.

Ciò posto, la stazione appaltante osserva che nel caso specifico ha posto in essere una procedura ristretta ex art. 55, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006 per l'affidamento dei lavori in oggetto. Secondo l'ANAS S.p.A. tale procedura si articola in due fasi ben distinte: nella prima la stazione appaltante pubblica il bando, in base al quale gli operatori economici formulano domanda per essere invitati alla gara, e individua i soggetti da invitare alla successiva fase; nella seconda la stazione appaltante trasmette a questi ultimi la lettera di invito a presentare la propria offerta, fornendo loro tutta la documentazione necessaria per la predisposizione dell'offerta. Ne conseguirebbe, secondo l'ANAS S.p.A., che durante il tempo che intercorre tra l'una e l'altra fase possono verificarsi alcune condizioni particolari ed impellenti, che legittimano la richiesta agli operatori economici di specifici impegni, per cui "*è perfettamente lecito che la richiesta delle polizze in esame, afferenti alla sola fase esecutiva dell'appalto (e non già ai requisiti da dichiarare ai fini della partecipazione alla gara), venisse prevista nella lettera di invito*" (pag.7). Inoltre prosegue la stazione appaltante, ove sia stata acclarata l'esistenza e la legittimità dell'interesse giuridicamente rilevante per l'amministrazione committente, sarebbe possibile, entro i limiti di ragionevolezza e di proporzionalità, aggiungere alla disciplina legale un'ulteriore *lex specialis* e, quindi, prevedere oneri aggiuntivi rispetto a quelli legali, in relazione alla tutela di corrispondenti interessi pubblici. L'ANAS S.p.A., inoltre, osserva che la previsione censurata non ha inibito in alcun modo la partecipazione alla gara ai soggetti interessati, in quanto le ulteriori garanzie richieste debbono essere prodotte solo dall'aggiudicatario, inerendo alla fase di esecuzione dei lavori e non a quella di presentazione delle offerte. Secondo la stazione appaltante, infine, la polizza fideiussoria richiesta a favore di Enel Produzione S.p.A. sarebbe proporzionata al rischio derivante dall'interferenza della fase esecutiva dei lavori con le attività di Enel Produzione S.p.A. e la polizza assicurativa decennale a favore della società sarebbe indispensabile per coprire gli eventuali danni emergenti ed anche il lucro cessante che quest'ultima dovesse subire.

Ritenuto in diritto

Al fine di risolvere la questione sottoposta all'esame dell'Autorità, pare opportuno preliminarmente precisare il quadro normativo all'interno del quale si inserisce la vicenda controversa. Il Codice dei contratti pubblici ha disegnato un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella

privatistica di esecuzione del contratto, tali garanzie sono costituite dalla: cauzione provvisoria (art. 75), cauzione definitiva (art. 113), polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento dell'attività di progettista (art. 111), polizza assicurativa e per responsabilità verso i terzi per i danni da esecuzione (art. 129, comma 1), polizza decennale per danni da rovina e responsabilità civile verso terzi (solo per lavori superiori ad un determinato importo, art. 129, comma 2); garanzia c.d. *performance bound* (solo per lavori superiori ad un determinato importo, art. 129, comma 3).

Tali garanzie assolvono a funzioni diverse e sono rilasciate in momenti distinti. In particolare la cauzione provvisoria – pari al 2% dell'importo posto base di gara – mira a garantire la serietà dell'offerta presentata dai partecipanti e copre, quindi, la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, deve essere presentata insieme all'offerta ed è svincolata automaticamente con la sottoscrizione del contratto, se prestata dall'aggiudicatario, contestualmente all'atto con cui la stazione appaltante comunica l'aggiudicazione agli ulteriori partecipanti, se prestata dagli altri concorrenti.

La cauzione definitiva – pari al 10% dell'importo contrattuale, salvo quanto disposto dall'art.113, comma, 1 – da costituirsi mediante fideiussione, ha la funzione di garantire alla stazione appaltante l'esatto adempimento delle prestazione oggetto del contratto, tutelandola per il pregiudizio patito in conseguenza dell'eventuale violazione degli obblighi negoziali. E' presentata all'atto della stipulazione del contratto, viene progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione e cessa di avere affetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione.

La polizza assicurativa di cui all'art. 129 comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 costituisce garanzia specifica idonea a tenere indenne la stazione appaltante per tutti i rischi connessi all'esecuzione del contratto da qualsivoglia causa determinati, ovvero cagionati a terzi, con la sola esclusione di quelli derivanti da errori di progettazione, insufficiente progettazione, azione di terzi o cause di forza maggiore. La disciplina sul punto è integrata dall'art. 103 D.P.R. n. 554/99 "Polizza di assicurazione per danni di esecuzione e responsabilità civile verso terzi", secondo cui l'importo della polizza per danni provocati dalle lavorazioni è fissato dalla stazione appaltante in sede di *lex specialis*, mentre il massimale per l'assicurazione contro la responsabilità civile verso terzi è pari al 5% della somma assicurata con riguardo alle opere, con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000,00 euro. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori ed è efficace fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori.

In virtù degli artt. 129, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 e 104 D.P.R. n. 554/1999 per i lavori superiori alla soglia determinata dal Ministero delle infrastrutture – ossia 12.484.056 euro (d.m. 1 dicembre 2000) – l'appaltatore deve stipulare anche una polizza indennitaria decennale, a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera ovvero dei vizi derivanti da gravi difetti dell'opera, con limite di indennizzo non inferiore al 20% del valore dell'opera realizzata e non superiore a 14.000.000,00 euro. A quest'ultima si aggiunge la polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con massimale non inferiore a 4.000.000,00 euro. Entrambe le polizze decorrono dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori.

Dall'esame della predetta normativa è evidente che il legislatore ha inteso tutelare la stazione appaltante e, quindi l'interesse pubblico sotteso alla realizzazione di un appalto, non soltanto per l'eventuale inadempimento dell'appaltatore, ma anche per eventuali ulteriori e distinti danni che la stessa dovesse subire, direttamente o indirettamente, a causa dell'esecuzione del contratto. Si giustifica in tal modo l'espressa previsione di una copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi.

Venendo al caso di specie, si ritiene preliminarmente che il richiamo alle deliberazioni n. 51/2004 e 6/2007 dell'Autorità non è pertinente, avendo affrontato e risolto i predetti atti questioni diverse rispetto a quella oggi vagliata.

Neppure appare fondata la censura con cui l'istante denuncia la violazione dell'art. 1372 c.c., in quanto l'aggiudicatario assume l'obbligo di rilasciare le garanzie in esame in virtù di quanto disposto dagli atti di gara e più precisamente dal punto a.9) (pag. 6) e dal paragrafo I (pag. 30) della lettera di invito e non in virtù della convenzione stipulata tra l'ANAS S.p.A. e l'Enel Produzione S.p.A. . Né risultano violati i principi in materia di responsabilità civile, tenuto conto che sia il codice civile sia il codice dei contratti pubblici pongono a carico dell'appaltatore la responsabilità per i danni cagionati a terzi dall'esecuzione dell'opera o dalla rovina della stessa.

Quanto all'asserita limitazione della concorrenza, si osserva che la disposizione censurata non determina una restrizione all'accesso alla gara in esame, in quanto le polizze contestate debbono essere rilasciate esclusivamente dall'aggiudicatario e non anche dagli altri concorrenti. In altri termini la sottoscrizione di queste ultime costituisce specifico adempimento contrattuale e non condizione di partecipazione alla gara. Conseguentemente le stesse potrebbero essere rilasciate anche da un soggetto diverso rispetto al fideiussore di cui all'art. 113 D.Lgs. n. 163/2006, che rimarrebbe obbligato solo nei confronti della stazione appaltante e nei limiti indicati dalla polizza, mentre non assumerebbe alcuna obbligazione nei confronti di Enel Produzione S.p.A. D'altro canto è evidente che il mancato rilascio delle polizze censurate costituisce inadempimento, che legittima l'escussione della fideiussione ex art. 113 D.Lgs. n. 163/2006, tale circostanza, però, di per sé non limita l'accesso alla gara, ma rappresenta un elemento di valutazione in relazione alla solvibilità e capacità esecutiva del garantito che il fideiussore terrà verosimilmente presente nel rilasciare la polizza ex art. 113 D.Lgs. n. 163/2006.

Le osservazioni sin qui svolte non sono tuttavia sufficienti per ritenere legittima la disposizione censurata, in quanto sotto altro e distinto profilo si rileva che le due polizze contestate esulano dal sistema di garanzie delineato dal legislatore del codice dei contratti pubblici come sopra ricordato, per cui le stesse sono frutto di un'autonoma determinazione dell'ANAS S.p.A. e costituiscono un onere aggiuntivo per l'esecutore, pertanto sono ammissibili – secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza amministrativa – nella misura in cui non risultano irragionevoli o eccessivamente onerose (cfr. Cons. Stato, sez. VI 25.1.2008 n. 212), come del resto riconosciuto anche dalla stessa stazione appaltante (pag. 8, nota prot. 6739/2010). Dall'esame della documentazione trasmessa le polizze in questione paiono violare proprio questi due fondamentali canoni, che hanno la funzione di limitare il potere discrezionale dell'amministrazione procedente. Quanto alla polizza fideiussoria, si osserva che la stazione appaltante ha richiesto il rilascio di una polizza fideiussoria a prima richiesta e senza necessità di costituzione in mora, a favore di Enel Produzione S.p.A., per l'importo di 13.000.000,00 euro a garanzia degli eventuali danni che quest'ultima dovesse subire in conseguenza dell'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto *de quo*, ma a ben vedere tali danni sono già coperti dalla polizza assicurativa per la responsabilità civile verso terzi di cui agli art. 129, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006 e 103 D.P.R. n. 554/1999, pertanto l'ulteriore garanzia richiesta dalla *lex specialis* rappresenta un aggravio economico per l'aggiudicatario, non giustificato da alcun interesse pubblico. Diversamente da quanto affermato dall'ANAS S.p.A., infatti, la fideiussione in questione non è posta a tutela di un interesse pubblico, ma a presidio dell'attività economico/commerciale di Enel Produzione S.p.A., che, quindi, grazie alla garanzia in esame verrebbe a godere di una posizione più favorevole di quella della stessa stazione appaltante: difatti, là dove quest'ultima è garantita solo da una polizza assicurativa, l'Enel Produzione S.p.A. sarebbe tutelata non solo da un'assicurazione per danni cagionati a terzi, ma anche da una polizza fideiussoria, peraltro a prima richiesta e senza necessità di costituzione in mora.

Conseguentemente la fideiussione qui esaminata è irragionevole e non si giustifica né sotto il profilo soggettivo – è posta a favore di un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto e il D.Lgs. n. 163/2006 non prevede analoga polizza a favore della stazione appaltante – né sotto il profilo oggettivo – è posta a tutela di un interesse privato e l'evento garantito è già coperto dalla polizza ex art. 129, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006. Peraltro non si comprendono le ragioni giuridiche di una tutela così favorevole per un terzo, i cui interessi sono già stati presi in considerazione dalla

stazione appaltante nella fase anteriore alla procedura concorsuale in esame: dalla convenzione stipulata tra ANAS S.p.A. e Enel Produzione S.p.A., risulta, infatti, che il progetto definitivo è stato concordato tra le stesse, che quello esecutivo, per la parte direttamente interessante le opere di Enel Produzione S.p.A. dovrà essere approvato da quest'ultima (art. 4), che Enel Produzione S.p.A. ha la facoltà durante il corso dei lavori di eseguire ispezioni e controlli per verificare il rispetto delle proprie opere (art. 7).

In considerazione della particolare funzionalità delle opere di Enel Produzione S.p.A. e dell'interferenza tra queste ultime e i lavori da appaltare, l'ANAS S.p.A. avrebbe potuto richiedere, tutto al più, motivando idoneamente sul punto, la presentazione di una polizza assicurativa per la copertura del danno residuo eventualmente subito dalla società e non coperto dalla polizza per la responsabilità civile di cui all'art. 129, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006, stante il massimale della stessa indicato all'art. 103, comma 2, D.P.R. n. 554/99.

Parimenti appare irragionevole ed eccessivamente oneroso il rilascio "*a ulteriore garanzia della regolare esecuzione dei lavori*" di idonea polizza assicurativa, con durata non inferiore a 10 anni, con massimale di 13.000.000,00 euro, da rilasciare a favore di Enel Produzione S.p.A. per i motivi di seguito indicati.

Si osserva preliminarmente che la regolare esecuzione dei lavori è l'obbligazione contrattuale che l'appaltatore assume nei confronti del committente e non nei confronti di un soggetto terzo, verso cui è tenuto a rispettare il principio del *neminem ledere*. Proprio per tale motivo il legislatore ha previsto nei confronti di quest'ultimo la copertura assicurativa per responsabilità civile con massimale non inferiore a 4.000.000,00 di euro (artt. 129, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 e 104, comma 2, D.P.R. n. 554/99). Ne consegue che Enel Produzione S.p.A., in qualità di terzo, che potrebbe subire danni dalle opere realizzate dall'appaltatore, sarebbe già tutelata dalla polizza in questione, il cui limite massimo, peraltro, non essendo stato determinato dal legislatore, ben potrebbe essere fissato dalla stazione appaltante, tenuto conto delle specifiche tecniche dell'appalto. Si osserva, inoltre, che trattandosi di assicurazione per la responsabilità civile per i danni cagionati a terzi, quest'ultima, copre, in virtù dell'art 2056 c.c., non soltanto il danno emergente ma anche il lucro cessante che il terzo dovesse subire. Conseguentemente è privo di fondamento l'assunto della stazione appaltante, secondo cui per la polizza in questione è indispensabile per coprire il danno emergente ed il lucro cessante eventualmente patiti da Enel Produzione S.p.A.

A ciò si aggiunga che è illogica ed a ben vedere contraddittoria la previsione in virtù della quale la polizza decennale in questione "*dovrà essere consegnata ad ENEL, tramite ANAS, almeno tre mesi prima della data ultima di scadenza della fideiussione: nel caso in cui ciò non avvenga ENEL potrà provvedere a stipulare da sé medesima idonea copertura assicurativa, escutendo la fideiussione stessa*", in quanto la stessa è in contrasto con l'altra previsione secondo cui la predetta fideiussione "*sarà svincolata dall'ENEL dopo un anno dall'entrata in esercizio con apertura al traffico veicolare della galleria di Sant'Augusta di doppio sottopasso al canale Enel, all'accertamento dell'inesistenza di eventuali danni*".

Le considerazioni svolte assorbono gli ulteriori profili di illegittimità sollevati dall'istante. In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la clausola della lettera di invito posta al vaglio dell'Autorità sia irragionevole ed eccessivamente onerosa.

Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Sergio Santoro

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22 dicembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito