

Parere n. 24 del 9 febbraio 2011

PREC 195/10/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 Building Strade S.r.l. – Lavori di riqualificazione urbana di Viale Gabriele D'Annunzio – Importo a base d'asta €1.043.762,99 – S.A.: Comune di Gorizia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 agosto 2010 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'impresa Building Strade S.r.l. ha chiesto una pronuncia di questa Autorità in merito alla legittimità della propria esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei lavori in oggetto, disposta dal Comune di Gorizia in quanto la polizza fideiussoria bancaria presentata a corredo della documentazione di gara era stata sottoscritta solo dall'ente emittente (Banca) e non anche dall'impresa concorrente come richiesto, invece, dal disciplinare di gara.

Al riguardo, l'istante ha invocato il principio del *favor participationis*, in quanto a suo avviso la polizza in oggetto esplica tutte le funzioni previste dalla normativa vigente senza danneggiare la stazione appaltante né qualsiasi altro concorrente alla medesima procedura di gara e a sostegno della propria tesi ha richiamato la sentenza 4 ottobre 2005, n. 8 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, lamentando altresì l'illegittimità della suddetta prescrizione, prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale il Comune di Gorizia ha ribadito la correttezza del proprio operato, evidenziando che la prescrizione contenuta nel disciplinare di gara ha una sua specifica ragione giuridica funzionale, ossia quella di ottenere il maggior grado di garanzia possibile, anche in relazione ad eccezioni di vario genere che frequentemente gli istituti bancari sollevano nel momento in cui sorge la necessità di avvalersi della cauzione provvisoria, al fine di eludere l'obbligo di versamento dell'importo garantito. Occorre considerare, infatti, che per le cauzioni provvisorie relative agli appalti di lavori pubblici solitamente si ricorre allo schema tipo 1.1. allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, variamente integrato e modificato e che spesso nelle polizze effettivamente presentate tra le altre clausole sono previsti anche obblighi intercorrenti tra garante e contraenti, cioè le imprese concorrenti.

Inoltre, la stazione appaltante ha rappresentato che a fronte di clausole della *lex specialis* che prevedano l'esclusione in caso di mancato rispetto di singole prescrizioni l'amministrazione è tenuta alla loro precisa e incondizionata applicazione, pena la violazione del principio di tutela della *par condicio*, e che la clausola contestata è stata rispettata dalla quasi totalità delle imprese concorrenti, infatti solo quattro imprese su un totale di centotrentasei partecipanti sono state escluse per violazione della stessa.

Al contraddittorio documentale ha partecipato anche l'impresa Edilart S.r.l., in qualità di aggiudicataria provvisoria della gara in questione, la quale ha fatto presente che la clausola del disciplinare di gara di cui trattasi, non essendo stata impugnata nei termini di legge decorrenti dalla sua pubblicazione, non può non essere applicata in ossequio al principio generale della *par condicio* dei concorrenti.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto concerne la legittimità dell'esclusione dalla gara dell'impresa istante Building Strade S.r.l., disposta dal Comune di Gorizia per aver presentato una polizza fideiussoria non conforme a quanto richiesto, a pena di esclusione, da una clausola della *lex specialis* (stabilita a pag. 12, lett. d) del disciplinare di gara), ritenuta a suo volta illegittima alla luce di quanto affermato dalla sentenza 4 ottobre 2005, n. 8 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Al fine di definire la controversia in esame si rende necessario, preliminarmente, richiamare la contestata clausola del disciplinare di gara, che prescrive, ai fini dell'ammissione alla procedura di cui trattasi, il deposito del documento, in originale o copia autentica, comprovante l'avvenuta costituzione della cauzione provvisoria di €20.875,26, stabilendo altresì che *"il relativo documento dovrà recare, a pena d'esclusione, la firma in originale del rappresentante legale, o suo delegato, sia dell'impresa concorrente che dell'istituto emittente"*.

Nel contestare la suddetta prescrizione e conseguentemente il connesso provvedimento di esclusione dalla gara l'istante fa riferimento a parte della motivazione della sentenza n. 8/2005 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella quale si afferma, in sintesi, che nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento dell'obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore; il contratto interviene tra il garante (ad es. istituto di credito) ed il beneficiario (nel caso di appalto pubblico, la p.a. che ha indetto la gara) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (cfr. art. 1333 c.c.). Il garantito (ossia l'impresa concorrente) non è parte necessaria; la fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936, comma 2 c.c.). Conseguentemente, il Supremo Consesso giunge alla conclusione – invocata dall'istante a proprio favore – che *"Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito non assume quindi di per sé alcun rilievo"*.

In merito, si deve evidenziare che il richiamo operato dall'istante Building Strade S.r.l. alla suddetta pronuncia appare inconferente, considerato che il caso da essa esaminato riguarda un'offerta presentata da un'A.T.I. e una polizza fideiussoria sottoscritta dalla sola capogruppo e tenuto conto, altresì, delle specificità emerse nella fattispecie sottoposta a questa Autorità. Infatti, la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2005 si limita ad affermare, in termini generali e sulla sola base della normativa civilistica vigente, che la mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte del garantito non assume alcun rilievo rispetto alla finalità del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia, ma ciò non rende di per sé illegittima una specifica prescrizione della *lex specialis* che, invece, richieda espressamente tale adempimento per il perseguimento di altre finalità, rispondenti ad un particolare interesse dell'amministrazione appaltante, come quelle esplicitate dal Comune di Gorizia nell'ambito dei chiarimenti forniti a questa Autorità.

In merito, infatti, la stazione appaltante ha evidenziato che la contestata prescrizione contenuta nel disciplinare di gara è stata introdotta al diverso fine di ottenere il maggior grado di garanzia possibile, tenuto conto che per le cauzioni provvisorie relative agli appalti di lavori pubblici solitamente si ricorre allo schema tipo 1.1. allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, variamente integrato e modificato e che spesso nelle polizze presentate tra le altre clausole sono previsti anche obblighi intercorrenti tra garante e contraenti, cioè le imprese concorrenti. Non appare quindi

illogico che il Comune di Gorizia abbia preteso, con una specifica prescrizione della *lex specialis* che le polizze contengano anche le firme dei rappresentanti delle imprese contraenti, a conferma delle eventuali obbligazioni assunte da queste nei confronti del garante, in modo da evitare poi qualsiasi forma di contestazione che possa pregiudicare l'effettiva prestazione della garanzia a favore della stazione appaltante.

La clausola del disciplinare di gara che prevede la suddetta sottoscrizione, la cui violazione ha determinato l'esclusione dalla gara dell'istante, deve pertanto ritenersi legittima.

Al riguardo è opportuno ribadire che la disciplina dell'affidamento degli appalti pubblici è governata dai principi di derivazione comunitaria in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, che vedono quale corollario i principi di massima partecipazione alle pubbliche gare e, quindi, di tassatività delle cause di esclusione, le quali *“possono essere legittimamente apposte dal legislatore nazionale, ovvero dalle singole stazioni appaltanti mediante una espressa clausola del bando, solo ove sorrette da un apprezzabile interesse pubblico nazionale riferito allo svolgimento della gara, ovvero alla successiva esecuzione del contratto, ovvero alla garanzia di par condicio dei concorrenti, purché alla stregua di canoni di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità”* (cfr. TAR Lazio Roma, sez. II bis, sentenza n. 4893 del 7.5.2009).

La clausola di esclusione di cui alla lett. d) del disciplinare di gara, a pag. 12, oggetto di contestazione, rispetta i predetti parametri di ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità, in quanto – per le condivisibili motivazioni espresse dalla stazione appaltante – garantisce in maniera più forte l'impegno dei soggetti fideiussori (istituti di credito e assicurazioni).

Giova, peraltro, evidenziare che lo stesso schema di cauzione provvisoria da prestare nelle gare per gli appalti di lavori pubblici, così come riportato nello schema tipo 1.1. allegato al D.M. 12 marzo 2004, n. 123, prevede la sottoscrizione in calce sia del contraente, ossia dell'impresa concorrente, sia del garante, né tale adempimento si traduce nell'imposizione di un onere sproporzionato rispetto agli scopi perseguiti dalla stazione appaltante ovvero *ex se* eccessivamente gravoso.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che sia la contestata clausola del disciplinare di gara sia il conseguente provvedimento di esclusione siano legittimi.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 17 febbraio 2011

Il Segretario: Maria Esposito