

Parere n.102 del 19/06/2013

PREC 30/2013/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla EDILGEST srl – Procedura aperta per l’affidamento dei lavori inerenti il progetto esecutivo per il ripristino della funzionalità di linee principali. Condotte 1A e 1AA del comprensorio “FIO” in territorio di Sciacca – Linea B2 e condotta Pizzi della Croce del comprensorio “Castello” in territorio di Ribera”– Importo a base d’asta: euro 1.859.474,17 – S.A.: Consorzio di Bonifica 3 Agrigento.

Autentica notarile della sottoscrizione della fideiussione – Clausola legittima – Esclusione prevista dalla lex specialis per inosservanza della clausola – Legittimità

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Ritenuto in fatto

In data 15 gennaio 2013 è pervenuta l’istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la Edilgest srl ha chiesto l’avviso di questa Autorità in merito alla sua esclusione della procedura di gara in oggetto, motivata in relazione alla mancanza dell’autentica notarile della firma del fideiussore, richiesta esplicitamente dalla *lex specialis*, a pena di esclusione.

Secondo l’istante la predetta esclusione sarebbe illegittima ai sensi dell’art. 46, comma 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006, in quanto il requisito richiesto dal disciplinare di gara (l’autentica notarile della firma *de qua*) non sarebbe in realtà compreso tra i requisiti di partecipazione fissati dal Codice degli Contratti Pubblici, né sarebbe previsto da alcuna norma di legge o di regolamento. Anzi, a ben vedere, ad avviso dell’istante, l’art. 75 D.Lgs. 163/2006, nella parte in cui disciplina la cauzione provvisoria, non richiede affatto l’autentica notarile della firma del fideiussore, conseguentemente la clausola in esame sarebbe nulla e la stazione appaltante tutt’al più avrebbe dovuto disporre l’integrazione documentale.

All’istruttoria procedimentale formalmente avviata da questa Autorità ha fatto seguito la memoria della stazione appaltante, con cui viene confermata la legittimità del provvedimento di esclusione censurato in virtù della specifica normativa dei contratti pubblici e dell’interpretazione che di essa ha fornito questa Autorità.

Considerato in diritto

La questione controversa attiene alla legittimità dell’esclusione della società istante, giustificata in considerazione della mancata autenticazione della firma del fideiussore, espressamente richiesta dalla *lex specialis* a pena di esclusione.

Tale problematica è nota ed è stata già risolta dall’Autorità. Quest’ultima nell’esercizio della funzione di cui all’art. 64, comma 4-bis, D.Lgs. 163/2006 ha fornito alle stazioni appaltanti indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara. In tale contesto l’Autorità ha chiarito quanto segue: “*il Codice disegna un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicitica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto. Con riguardo alla fase di partecipazione alla procedura di gara, assumono rilievo le disposizioni dettate sulle garanzie a corredo dell’offerta, che coprono la stazione appaltante dal rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’affidatario. Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall’art. 75 del Codice. La disposizione presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria assolve, infatti, allo scopo di assicurare la serietà dell’offerta e*

di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa. L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile" (cfr. AVCP determinazione n. 4 del 10.10.2012).

Proprio in considerazione della peculiare funzione svolta dalla cauzione provvisoria l'Autorità ha ritenuto legittima l'esclusione dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della *lex specialis*, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata, purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione (cfr. AVCP determinazione n. 4 del 10.10.2012, pag. 38, punto 8).

Tale circostanza è proprio quella che ricorre nel caso in esame. Il disciplinare di gara, infatti, richiedeva espressamente l'autenticazione della sottoscrizione del fideiussore da parte di un notaio e sanzionava l'eventuale violazione di tale prescrizione con l'esclusione dalla gara. Ne consegue che la stazione appaltante ha legittimamente escluso l'istante che ha violato la predetta prescrizione. Peraltro la compatibilità della clausola espulsiva in questione con il vigente quadro normativo è confermata anche da un consolidato orientamento giurisprudenziale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e Sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387), secondo cui la previsione, a pena di esclusione, dell'autentica notarile della firma apposta dal fideiussore risponde all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia, impedendo il disconoscimento della sottoscrizione. Al riguardo è opportuno considerare che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione, solo l'autenticazione di quest'ultima garantisce l'amministrazione, perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. in ordine alla provenienza della sottoscrizione, impedendone il successivo disconoscimento.

Ne consegue che, rispetto alla fattispecie in esame, l'obbligo in esame fissato dalla *lex specialis* non può ritenersi né irragionevole né in contrasto con la disciplina legislativa.

Da un lato, infatti, quest'ultimo risulta legittimamente finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia e, quindi, diversamente da quanto sostenuto dall'istante, non può considerarsi un mero requisito formale, né un aggravamento procedimentale; dall'altro, non risulta in contrasto con la previsione dell'art. 75 D. Lgs. 163/2006, che non lo prevede espressamente, ma neppure lo esclude. La mancanza di apposita previsione legislativa, infatti, non può condurre di per sé a ritenere una clausola vietata dall'ordinamento, essendo necessario, a tal fine verificare, se tale clausola possa, comunque, essere inserita dalle stazioni appaltanti (cfr. TAR Lazio, Sez. III, 15 gennaio 2010 n.280). Nel caso in esame, la richiesta di una determinata forma per il rilascio della fideiussione, come sopra precisato, è volta a tutelare l'interesse della stazione appaltante alla certezza sulla provenienza della garanzia ed è compatibile con la previsione dell'art. 74, comma 5, D.L.g. n. 163/2006, in virtù del quale la *lex specialis* può chiedere, oltre agli elementi essenziali dell'offerta previsti dall'art. 74, comma 2, D.Lgs. 163/2006 anche ulteriori elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità ed in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.

Conseguentemente, essendo la clausola in esame legittima ed avendo la stazione appaltante indicato di sanzionare l'inosservanza della stessa con l'esclusione dalla gara, quest'ultima non potrebbe ricorrere al potere istruttorio, invocato dall'istante, senza ledere la *par condicio* dei concorrenti ed il principio di perentorietà del termine di presentazione dell'offerta.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittima l'esclusione della Edigest srl dalla gara indicata in oggetto.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2013

Il Segretario: Maria Esposito