

Parere n.109 del 21/05/2014

PREC 280/13/S

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comando Artiglieria - "Affidamento in concessione a terzi del servizio di gestione dell'organismo di protezione sociale del Comando Artiglieria" – S.A.:
Comando Artiglieria.

Cauzione provvisoria. Autenticazione notarile sottoscrizione.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 15 novembre 2013 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale il Comando Artiglieria ha chiesto un parere in merito alla legittimità della esclusione disposta nei confronti della ditta Lo Spuntino di C. De Blasio e Baldi S.N.C. in quanto la polizza fideiussoria presentata a titolo di garanzia provvisoria non presentava la prescritta autentica notarile della sottoscrizione del rappresentante legale.

La ditta Lo Spuntino di C. De Blasio e Baldi S.N.C. è stata infatti esclusa dalla gara, espletata con procedura in economia avente ad oggetto "affidamento in concessione a terzi del servizio di gestione dell'organismo di protezione sociale del Comando Artiglieria ai sensi del D.P.R. 15/11/2012, n. 236", poiché dall'esame della documentazione richiesta per poter partecipare alla gara è stato rilevato dalla Commissione, appositamente nominata, che la garanzia provvisoria prestata nella forma di polizza fidejussoria n. 40010291000595 in data 12/09/2013 non conteneva l'autentica notarile della firma del fidejussore.

Tale decisione, scaturente dal verbale n. 11 in data 25/09/2013, ha trovato fondamento nel punto 4.1 della lettera d'invito, che contiene l'elenco dei documenti da presentare per la partecipazione alla gara con la specifica menzione che "La mancanza o incompleta presentazione di uno dei documenti richiesti comporterà l'esclusione dalla gara". In particolare, alla lettera g) dello stesso punto viene indicata la garanzia provvisoria: "... resa nei modi indicati al punto 8 lettera a) e b)"; la lett. b) predetta stabilisce che la firma apposta sulla polizza dal rappresentante legale della ditta dovrà essere autenticata da notaio.

Pertanto, sulla base di quanto indicato, la stazione appaltante ha comunicato formalmente alla ditta Lo Spuntino di C. De Blasio e Baldi S.N.C. mediante lettera prot. n. 0023357 in data 30 settembre 2013 l'esclusione dalla gara con la seguente motivazione: "... la polizza fidejussoria n. 40010291000595 in data 12/09/2013 non conteneva l'autentica notarile della firma del fideiussore...".

In data 09/10/2013 è stata formalizzata dalla ditta Lo Spuntino di C. De Blasio e Baldi SNC S.n.c, un'istanza di riammissione alla gara.

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 22 novembre 2013, non sono pervenute memorie.

Ritenuto 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.

In proposito si richiama il precedente parere dell'Autorità in materia (cfr. Prec. n. 102/2013) secondo cui "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 pubblicistica 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 ricorre anche 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 è legittima l’esclusione disposta dalla stazione appaltante.

Il citato parere n. 102/2013 sottolinea altresì che “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”.

Conclusivamente deve ritenersi che la ditta Lo Spuntino di C. De Blasio e Baldi S.N.C. sia stata legittimamente esclusa.

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta Lo Spuntino di C. De Blasio e Baldi S.N.C. sia stata legittimamente disposta.

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 giugno 2014

Il Segretario: Maria Esposito