

PARERE N. 178 DEL 24/10/2012

PREC 186/12/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate da ANCE Sicilia - "Lavori di completamento del tratto della galleria naturale Lercara a singola canna e a semplice binario dalla pk 79+520 alla pk 80+327 e lavori di completamento del corpo stradale ferroviario afferenti alla Variante 2.1 previsti nel progetto di velocizzazione della linea Palermo - Agrigento" - euro 29.500.195,10 - S.A.: Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.

Appalto di lavori nei settori speciali - Cauzione provvisoria e definitiva - artt. 75 e 113 del Codice.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 2 agosto 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe, con la quale l'Associazione Costruttori Edili della Sicilia ha chiesto un parere in merito alla legittimità del bando di gara pubblicato da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. per l'affidamento dei *lavori in oggetto*.

In particolare, l'ANCE Sicilia dubita della legittimità della *lex specialis* di gara, nella parte in cui prevede:

1) la non operatività del meccanismo di riduzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 75, settimo comma, del Codice dei contratti pubblici, per le imprese in possesso della certificazione di qualità (paragrafo 1.6. del disciplinare di gara) ;

2) l'obbligo per l'appaltatore di stipulare una fideiussione bancaria o assicurativa che preveda l'escussione a prima richiesta della somma garantita, in favore di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., senza che il fideiussore possa " *opporre eccezioni in ordine a qualsivoglia vicenda nel rapporto principale, ivi compreso il fallimento dell'affidatario* ", alla stregua di un vero e proprio contratto autonomo di garanzia (allegato 9 al bando di gara - schema di cauzione definitiva).

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 11 settembre 2012, la controinteressata Sicurbau s.r.l. e la stazione appaltante, nel ribadire la legittimità del bando in contestazione, hanno trasmesso memorie e documenti.

Ritenuto in diritto

Il quesito all'esame dell'Autorità riguarda la procedura aperta indetta da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. con bando del 18 giugno 2012, per l'affidamento dei *lavori di completamento della galleria naturale Lercara e del corpo stradale ferroviario, nell'ambito del progetto di velocizzazione della linea Palermo - Agrigento*.

L'ANCE Sicilia contesta, in primo luogo, la legittimità della clausola del disciplinare di gara che esclude il dimezzamento della cauzione provvisoria, per i concorrenti in possesso della certificazione di qualità aziendale; contesta, inoltre, la formulazione dello schema di cauzione definitiva, che configurerebbe un vero e proprio contratto autonomo di garanzia.

Quanto al primo profilo, è noto che gli artt. 40, settimo comma, e 75, settimo comma, del Codice dei contratti pubblici stabiliscono che *l'importo della garanzia è ridotto alla metà per gli operatori economici ai quali sia stata rilasciata da organismi accreditati la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000*.

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. è un ente aggiudicatore nel settore dei servizi ferroviari, ai sensi dell'art. 3, comma 29, e dell'allegato VI-D del Codice e, come tale, non è soggetta alla diretta applicazione della parte II del Codice, concernente gli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari (nella quale rientra la disciplina sul dimezzamento della cauzione provvisoria di cui ai richiamati artt. 40 e 75, che non figurano tra le norme cui fa rinvio, per i settori speciali, l'art. 206).

Invero, l'ultimo comma dell'art. 206 del Codice stabilisce che, nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali " *...possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara, ovvero, nelle procedure in cui manchi l'avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta* ".

Nella specie, pertanto, deve ritenersi che la *lex specialis* di gara abbia legittimamente escluso l'operatività del beneficio della riduzione della cauzione per le imprese in possesso della certificazione del sistema di qualità (cfr., su vicenda analoga, A.V.C.P., parere 7 luglio 2010 n. 125). Sulle ipotetiche conseguenze per l'impresa concorrente che avesse presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello indicato dal disciplinare di gara, l'Autorità non può che prendere atto innanzitutto del mancato verificarsi di tale eventualità nella gara in epigrafe, secondo quanto affermato dalla controinteressata Sicurbau s.r.l. nella memoria trasmessa in corso di istruttoria, nonché dell'avviso espresso al riguardo dalla stazione appaltante, secondo cui l'insufficienza dell'importo garantito non avrebbe comunque determinato l'immediata esclusione dalla gara del concorrente, al quale sarebbe stato concesso un termine per l'integrazione della cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 46, primo comma, del Codice dei contratti pubblici.

Passando al secondo profilo, l'ANCE Sicilia afferma che l'allegato 9 al bando di gara conterrebbe,

nello schema di cauzione definitiva da imporre all'impresa aggiudicataria, la clausola di escussione a prima richiesta della somma garantita, in favore di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., senza che il fideiussore possa " *opporre eccezioni in ordine a qualsivoglia vicenda nel rapporto principale, ivi compreso il fallimento dell'affidatario* ". La cauzione si configurerebbe, nei termini descritti, come vero e proprio contratto autonomo di garanzia, in deroga agli artt. 1939 e 1945 cod. civ. ed in contrasto con lo schema tipo tuttora vigente in materia di appalti pubblici, approvato con D.M. 12 marzo 2004 n. 123 e fatto salvo in via transitoria, fino all'approvazione ministeriale dei nuovi schemi, dall'art. 252 del Codice dei contratti pubblici.

Anche in materia di cauzione definitiva, tuttavia, va rilevato che per gli appalti dei settori speciali l'art. 206 del Codice esclude l'applicabilità della disciplina generale, ivi compreso l'art. 113; analogamente, l'art. 339 del D.P.R. n. 207 del 2010 esclude implicitamente l'estensione ai settori speciali della disciplina dettata dagli artt. 123-ss. dello stesso Regolamento, in tema di garanzie obbligatorie a carico dell'appaltatore.

Per il suo oggetto, la procedura in esame risulta perciò del tutto sottratta all'applicazione del richiamato D.M. 12 marzo 2004 n. 123, sulla cui asserita ultrattività non è necessario soffermarsi in questa sede.

Ne consegue che, nella redazione dei bandi di gara, Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. può discrezionalmente predisporre il contenuto negoziale degli schemi di cauzione definitiva da sottoporre alle imprese appaltatrici, conformandosi alle condizioni generali di contratto applicate dal Gruppo Ferrovie dello Stato (approvate dal consiglio di amministrazione di Ferrovie dello Stato s.p.a. con delibera del 26 novembre 2008).

Sul piano strettamente civilistico, poi, sono del tutto fugati i dubbi circa la liceità della stipulazione di un contratto autonomo di garanzia nel quale l'istituto fideiussore si impegna a pagare a prima richiesta alla stazione appaltante, rinunciando ad opporre eccezioni in ordine alla validità ed all'efficacia del contratto di appalto (cfr. Cass. Civ., sez. un., 18 febbraio 2010 n. 3947, alla cui ampia motivazione può rinviarsi).

Quanto, infine, al problema dell'estensione della garanzia all'ipotesi di fallimento dell'impresa appaltatrice, estensione che secondo l'ANCE Sicilia darebbe luogo a violazione dell'art. 81 della legge fallimentare (ai cui sensi il contratto di appalto si risolve *ope legis* quando venga dichiarato il fallimento dell'appaltatore, con immediato effetto liberatorio rispetto alle residue prestazioni non ancora eseguite e senza che sia consentito al committente di proseguire il rapporto con la curatela), deve darsi atto che la stazione appaltante ha sostanzialmente accolto in sede interpretativa la tesi dell'associazione istante. E' stato chiarito, infatti, che la clausola presente nello schema di cauzione definitiva è riferibile alla sola ipotesi della risoluzione contrattuale per inadempimento dell'appaltatore pronunciata prima del fallimento, mentre il fideiussore non risponderà della mancata esecuzione delle opere conseguente allo stato di insolvenza che abbia determinato il fallimento dell'impresa.

In conclusione, *il disciplinare di gara approvato da Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e sottoposto all'esame dell'Autorità è legittimo sia in relazione all'esclusione del dimezzamento della cauzione provvisoria per i concorrenti in possesso della certificazione di qualità aziendale che in relazione alla stipulazione della cauzione definitiva con rinuncia alle eccezioni sulla validità ed efficacia del contratto di appalto, secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia.*

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- legittimo il paragrafo 1.6. del disciplinare di gara, nella parte in cui esclude il beneficio della riduzione della cauzione provvisoria per le imprese in possesso della certificazione di qualità ;
- legittimo lo schema di cauzione definitiva allegato al bando di gara, nella parte in cui dispone che il fideiussore non possa opporre eccezioni in ordine a qualsivoglia vicenda del rapporto principale, ivi compreso il fallimento dell'affidatario.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito