Parere n. 191 del 10/07/2008

PREC 184/08/L

Oggetto: Istanza di parere ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006, presentata dall'Impresa di costruzioni Edilizia L.P.L. . Appalto di lavori di realizzazione del centro intercomunale generale del Comune di Abbasanta (OR) - S.A. Comune di Abbasanta.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 marzo 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto con la quale l'Impresa di costruzioni Edilizia L.P.L. di Puligheddu e Burrai s.n.c. contesta la mancata esclusione dalla gara del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese Camedda Costruzioni s.r.l. e Gamma Impianti s.r.l. per i seguenti, evidenziati profili di illegittimità.

Il costituendo raggruppamento risulta aver presentato una polizza fideiussoria irregolare sotto diversi profili, in particolare per non essere stata firmata dalla compagnia assicuratrice l'appendice contenente le seguenti previsioni: "La garanzia in conformità all'art. 75 del D. Lgs. 163/2006 prevede l'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 c.c. volendo ed intendendo la Società restare obbligata in solido con il contraente, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del c.c., nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta della Stazione Appaltante come disposto dall'articolo 75, commi 4 e 5 del predetto D.Lgs. La Società si impegna a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, del D.lgs. n. 163/2006.", così come previsto dal bando di gara al punto 9), nonché dal disciplinare di gara al punto d), lettera a), commi 2 e 3.

Il bando di gara al punto 9) per quanto concerne la cauzione provvisoria, nonché il disciplinare di gara al punto D), lettera a), commi 2 e 3 prescrive che le garanzie, le fideiussioni bancarie e le polizze assicurative devono prevedere espressamente, "pena l'esclusione: - la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la sua operatività entro 15 giorni a semplice richiesta scritta della stazione appaltante, - la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile; - avere validità per almeno 180 (centottanta) giorni dalla presentazione dell'offerta; - contenere l'impegno, del fideiussore, a rilasciare la garanzia definitiva, di cui all'articolo 113 del codice, 54, commi 2 e 3 della L. R. 5/2007, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario".

Inoltre, l'istante muove un'ulteriore serie di censure di irregolarità relative alla polizza fideiussoria: 1) l'oggetto della gara non risulterebbe essere precisamente quello indicato nel bando di gara (Realizzazione del centro intercomunale generale) e il luogo di esecuzione risulterebbe in località Muros (Comune della Provincia di Sassari), anziché nel Comune di Abbasanta (Provincia di Oristano), come indicato nel bando; 2) non risulterebbe indicata la validità della garanzia per 180 giorni, come specificato dal bando e dal disciplinare; 3) l'appendice integrativa della polizza, già sopra citata, riporterebbe una data erronea (25.05.2007).

La stazione appaltante, a sostegno della legittimità del proprio operato, ha controdedotto, in particolare con riferimento alla mancata sottoscrizione, in calce, dell'appendice da parte della Compagnia assicuratrice, che l'appendice stessa è riconducibile all'assicurazione emittente sia per l'uso della carta intestata che per la circostanza che la polizza e l'appendice costituivano un unico documento, connessi tra loro da un punto metallico, inserito nella documentazione amministrativa.

Ha presentato osservazioni la società Camedda Costruzioni a r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Gamma s.r.l., deducendo che la mancata sottoscrizione dell'agente in calce all'appendice è sanabile in forza della firma apposta dall'agente stesso sulla polizza e, comunque, sarebbe riconducibile alla compagnia emittente in forza dell'uso della carta intestata e dell'apposizione del timbro. Nulla viene dedotto in merito all'ulteriore profilo in contestazione.

Ritenuto in diritto

La questione giuridica da esaminare nel presente parere è la seguente: il costituendo raggruppamento risulta aver presentato una polizza fideiussoria irregolare sotto diversi profili, in

particolare per non essere stata firmata dalla compagnia assicuratrice l'appendice contenente le seguenti previsioni: "La garanzia in conformità all'art. 75 del D. Lgs. 163/2006 prevede l'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'art. 1944 c.c. volendo ed intendendo la Società restare obbligata in solido con il contraente, la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del c.c., nonché l'operatività della garanzia medesima entro 15 giorni, a semplice richiesta scritta della Stazione Appaltante come disposto dall'articolo 75, commi 4 e 5 del predetto D.Lgs. La Società si impegna a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, del D.lgs. n. 163/2006."

Questa Autorità si è già espressa, sul punto, ritenendo che la fideiussione priva della sottoscrizione del garante è nulla e, quindi, priva di ogni rilievo ai fini del soddisfacimento delle prescrizioni del bando (Parere 09/04/08, n. 106).

Si è, altresì, rilevato che il fideiussore, nel manifestare in modo espresso ed inequivocabile la volontà di prestare la garanzia, ai sensi dell'articolo 1937 del codice civile, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. La mancanza di sottoscrizione del contratto comporta l'impossibilità di imputabilità soggettiva dello stesso ad una determinata persona fisica, in particolare al fideiussore (Deliberazione 12/07/2007, n. 251).

Stesse considerazioni valgono per l'appendice integrativa della stessa che, nel caso di specie, prevede la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale di cui all'articolo 1944 del codice civile, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni a semplice richiesta della stazione appaltante (articolo 75, commi 4 e 5, del decreto legislativo n. 163 del 2006).

Non può, pertanto, essere condiviso l'assunto della stazione appaltante e della controinteressata secondo cui l'appendice fideiussoria priva della sottoscrizione del garante integrerebbe una mera irregolarità formale, come tale suscettibile di essere emendata.

Il profilo evidenziato risulta assorbente rispetto alle ulteriori censure, di carattere formale, mosse rispetto alla stessa appendice fideiussoria (erroneità della data), nonché della polizza fideiussoria vera e propria (erroneità di indicazione dell'oggetto e del luogo di esecuzione).

D'altra parte, si rammenta come anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che il principio teso ad evitare che l'esigenza di massima partecipazione possa essere compromesso da carenze di ordine meramente formale incontra dei limiti applicativi: in particolare, in presenza di una prescrizione chiara e nell'inosservanza di questa da parte di un'impresa concorrente, un eventuale invito alla regolarizzazione costituirebbe violazione del limite costituito dalla possibilità di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando, della lettera di invito o, comunque, presenti nella normativa applicabile alla fattispecie concreta (Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1653).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'ammissione alla procedura aperta del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese Camedda Costruzioni s.r.l. e Gamma Impianti s.r.l. non è conforme a quanto previsto dall'art. 75 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 16/07/2008