

Parere n. 66 del 06/03/2008

PREC 496/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Impresa Palumbo Costruzioni s.r.l. - Lavori di riqualificazione dell'area retrostante le case popolari di Via L. Sturzo e limitrofa alla Villa Lentini. - S.A. Comune di Partanna (TP).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

Il Comune di Partanna, in data 13 luglio 2007, ha bandito una procedura di gara per l'aggiudicazione dei lavori in oggetto prevedendo, al punto 9 del bando e al punto 1, numero 9) del disciplinare, che l'offerta dei concorrenti deve essere corredata da una cauzione provvisoria e dall'impegno di un fideiussore per il rilascio della garanzia fideiussoria, nella misura e nei modi previsti dai commi 1, 2, 2-bis, 2-ter dell'articolo 30 della legge n. 109/1994 nel testo coordinato dalla legge regionale n. 7/2002, alla stregua dei quali la cauzione provvisoria ha validità per almeno centottanta giorni dalla presentazione dell'offerta.

I successivi punti 13 e 17 lettera g) del bando di gara prevedono che il termine per la validità dell'offerta deve essere pari a duecentoquaranta giorni dalla presentazione della medesima.

In data 25 settembre 2007, è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere di cui all'oggetto, con la quale l'impresa Palumbo Costruzioni s.r.l. lamenta il fatto che la stazione appaltante, avendo previsto un periodo di irrevocabilità dell'offerta pari a 240 giorni, avrebbe dovuto provvedere ad escludere le imprese concorrenti che abbiano prodotto una garanzia fideiussoria di durata inferiore a duecentoquaranta giorni, anche in ragione del fatto che il richiamato articolo 30 delle legge n. 109/1994, nel testo coordinato con la legge regionale n. 7/2002, indica esclusivamente un periodo di durata minima della garanzia, fissandola in centottanta giorni.

In sede di istruttoria procedimentale, il Comune di Partanna ha rappresentato che la Commissione di gara, in ragione dell'incongruenza sussistente nel bando tra la durata della validità dell'offerta e la durata della cauzione provvisoria, ha provveduto ad ammettere con riserva le imprese concorrenti che avevano prodotto una garanzia fideiussoria di centottanta giorni. Successivamente, sciogliendo la riserva, la Commissione di gara ha ritenuto quelle cauzioni conformi alla disciplina di gara e, riconoscendo, in ogni caso, la sanabilità delle stesse essendo consentito alla commissione di richiedere, a posteriori, la regolarizzazione della durata della polizza in relazione alla durata della gara, ha ammesso le imprese alla gara nel rispetto del principio di massima partecipazione.

Dal suo canto, l'impresa MAGEDIL s.r.l., in qualità di controinteressata, ha rappresentato la correttezza dell'operato della stazione appaltante ed evidenziato l'ambiguità delle clausole del bando concernenti la cauzione, sostenendo in particolare che in ipotesi in cui la disciplina di gara risulti ambigua e non univoca, il principio del favor participationis non consente di escludere quei concorrenti che siano stati indotti in errore dalle clausole medesime.

Ritenuto in diritto

La cauzione provvisoria ha una duplice finalità in quanto da un lato garantisce la stazione appaltante dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario, dall'altro assicura alla medesima l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata.

La cauzione provvisoria assolve pertanto una funzione indennitaria, in quanto garantisce alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, nonché una funzione sanzionatoria, in caso di inadempimenti procedurali da parte del concorrente in relazione alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando (in tal senso, deliberazione dell'Autorità n. 165 del 23 maggio 2007, nonché Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 giugno 2003 n. 3866 e sez. IV, sentenza 20 luglio 2007 n. 4098; TAR Lazio, Roma, sez. III ter, sentenza 10 gennaio 2008 n. 184).

La peculiarità della funzione svolta dalla cauzione provvisoria è dimostrata anche dal fatto che al

momento della stipulazione del contratto, essa viene sostituita da quella definitiva, preordinata, invece, ad assicurare la stazione appaltante per il pregiudizio patito in conseguenza dell'eventuale violazione degli obblighi contrattuali.

La sua natura provvisoria e limitata dal punto di vista temporale nonché la funzione ad essa specificamente attribuita, comportano che la durata della cauzione provvisoria non possa prescindere dalla durata della validità dell'offerta.

Tale affermazione trova un proprio fondamento giuridico anche nel Codice dei Contratti che, all'articolo 11, comma 6, prevede che l'offerta sia vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione; e, al successivo articolo 75, in relazione alle garanzie a corredo dell'offerta, dispone, al comma 5, che la garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta e che il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla data presumibile del procedimento.

Il legislatore, in ragione della finalità della cauzione provvisoria, è pertanto intervenuto per equiparare i termini minimi di irrevocabilità dell'offerta e di durata minima della cauzione.

Nel caso di specie - nel quale non trova applicazione il Codice dei contratti, bensì la legge n. 109/1994 nel testo coordinato con la legge regionale n. 7/2002 - il bando di gara ha previsto espressamente un termine di validità dell'offerta pari a duecentoquaranta giorni, mentre, in relazione alla durata della cauzione provvisoria ha meramente richiamato le modalità previste dall'articolo 30, commi 1, 2, 2-bis e 2-ter della legge n. 109/1994 nel testo coordinato con la legge regionale n. 7/2002, alla stregua del quale "la fideiussione bancaria o la polizza assicurativa relative alla cauzione provvisoria hanno validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta."

In ragione della specifica funzione conferita alla cauzione provvisoria, tale clausola del bando va necessariamente coordinata con quella relativa alla durata dell'offerta, e quindi intesa nel senso che la cauzione provvisoria non può avere durata inferiore a duecentoquaranta giorni e che l'espresso richiamo del bando a corredare l'offerta di una cauzione "nella misura e nei modi previsti dai commi 1, 2, 2-bis e 2-ter dell'articolo 30", debba intendersi riferito all'importo della cauzione, alle modalità con cui essa può essere prestata, non anche all'ultimo periodo del comma 2-bis concernente proprio la durata della cauzione medesima".

Diversamente opinando, verrebbe pregiudicata la *ratio legis* sottesa alla cauzione provvisoria medesima.

L'evidente ambiguità ed equivocità della clausola del bando di gara e del relativo disciplinare ne impone una lettura che, nel rispetto dei principi di buon andamento, imparzialità e di buona fede nelle trattative contrattuali, tuteli la massima partecipazione dei concorrenti e non precluda a coloro che sono stati fuorviati dalle contraddittorie ed ambigue clausole del bando di essere pretermessi dalla procedura di gara (in tal senso, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 marzo 2007, n. 1441 e sentenza 13 gennaio 2005 n. 82).

Peraltro, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici deve trovarsi un equilibrio tra le opposte esigenze del rispetto della par condicio dei partecipanti, che impone di allontanare dalla gara i soggetti non diligenti nello svolgimento della incombenze partecipative, e quello della massima partecipazione alla procedura, che consente invece la possibilità di una regolarizzazione successiva delle incombenze prescritte: tale bilanciamento si risolve riconoscendo al principio del favor participationis una prevalenza rispetto al principio di par condicio in presenza di clausole dubbie e una soccombenza in caso di inosservanza di prescrizioni di gara chiare e specifiche (da ultimo, in tal senso, TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 2 aprile 2007 n. 3041).

Conseguentemente, deve ritenersi corretto l'operato della stazione appaltante che, consapevole dell'ambiguità della propria *lex specialis* e nel rispetto del principio di favor participationis ha consentito la partecipazione alla procedura anche alle imprese che non avevano prodotto una cauzione di analoga durata a quella di validità dell'offerta.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

1. la durata della cauzione provvisoria non può essere inferiore alla durata del termine di validità dell'offerta previsto dal bando di gara;
2. a fronte di una disciplina di gara che contiene clausole ambigue ed equivoche, deve essere tutelata la massima partecipazione dei concorrenti, senza precludere a coloro che sono stati

fuorviati dalle clausole medesime, di poter partecipare alla procedura.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Guido Moutier

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19/03/2008