

Parere n. 84 del 10.10.2007

PREC 377/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Filo Ribes S.p.A. - servizio di gestione tecnico amministrativa rendicontazione e riscossione anche coattiva delle sanzioni amministrative per infrazioni al Codice della strada e delle violazioni amministrative alle leggi, ai regolamenti comunali. S.A. Comune di Olbia.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 17 luglio 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale la Filo Ribes S.p.A. lamenta l'esclusione del costituendo raggruppamento composto dalla Filo Ribes, dalla Serfin S.r.l. e dalla Ribes S.p.A. disposta dal Comune di Olbia, nel corso della procedura per l'affidamento del servizio di cui in oggetto.

L'esclusione, come rappresentato dall'istante, è stata comminata dalla stazione appaltante in quanto la polizza fideiussoria prodotta dal raggruppamento non risultava essere cointestata a tutte le società. L'istante evidenzia che, in realtà, la polizza conteneva in appendice esplicito riferimento all'ATI nel suo complesso e che Filo Ribes S.p.A. agiva in qualità di mandataria. L'istante aggiunge, inoltre, che la documentazione di gara non conteneva indicazioni circa le modalità di intestazione della cauzione nel caso di raggruppamenti temporanei di imprese.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale, la stazione appaltante ha replicato come, ai sensi dell' art. 1937 c.c., la funzione di garanzia esplicita dalla fideiussione sia limitata a favore del soggetto che sottoscrive il contratto e, pertanto, non si estende a soggetti terzi. In particolare, l'amministrazione comunale ha evidenziato che nei confronti del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese *de quo*, la società mandataria non poteva agire per conto delle imprese mandanti e, pertanto, la sottoscrizione della fideiussione da parte della sola mandataria non è sufficiente a obbligare le altre società facenti parte del raggruppamento.

Alle audizioni del 27 settembre e 10 ottobre 2007, non hanno preso parte né l'istante, né la stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

Il quesito posto all'attenzione di questa Autorità, riguarda la necessità o meno per un costituendo raggruppamento di intestare e sottoscrivere la polizza fideiussoria a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, ovvero se possa considerarsi sufficiente la sottoscrizione della sola società mandataria.

Sulla questione la giurisprudenza amministrativa ha assunto, nel tempo, orientamenti non univoci sui quali l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 8 del 4 ottobre 2005) ha posto un punto fermo, di seguito ripreso ed esteso dalla giurisprudenza successiva (Consiglio di Stato, sez. V, 28/2/2006 n.

Al fine di esaminare la questione, occorre preliminarmente ricordare, dal punto di vista civilistico, la nozione del contratto di fideiussione che, ai sensi dell' art. 1936 e ss. c.c., è un contratto in cui il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore. Pertanto, il contratto di fideiussione interviene tra il garante (nel caso in esame l'Istituto di credito) ed il beneficiario (nel caso in esame la stazione appaltante); il garantito (nel caso in esame l'A.T.I. costituenda), dunque, non è parte necessaria del contratto, i cui effetti si possono esplicitare anche se questi non è a conoscenza del contratto (art. 1936 comma 2, c.c.).

Le recenti pronunce del giudice amministrativo, partendo proprio dal dettato codicistico, hanno evidenziato come la causa del contratto di fideiussione rappresenti la garanzia di un debito altrui e, pertanto, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare la volontà di prestarla, deve anche indicare l'obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale. In particolare, viene sottolineato dal giudice amministrativo come il debito ed il soggetto terzo debbano essere determinabili, non relativamente alla struttura soggettiva del negozio fideiussorio, bensì all'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive.

Di conseguenza, la mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte del garantito, non assume alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

Nel caso di specie la Filo Ribes ha dichiarato di partecipare alla gara in qualità di impresa capo gruppo, con l'intento costitutivo di una associazione temporanea di impresa. Nella polizza fideiussoria prodotta era possibile individuare chiaramente chi fossero i soggetti garantiti, dal momento che i singoli nominativi delle società facenti parte del raggruppamento erano indicati, sia nell'appendice alla certificato della polizza in cui la Filo Ribes risultava essere la capogruppo, sia nel contratto di polizza dove nell'intestazione figuravano le mandanti del raggruppamento.

Se a detto elemento si somma la circostanza che la domanda di partecipazione alla gara contenente l'offerta era stata sottoscritta da tutte le imprese impegnatesi a costituire il raggruppamento, risulta provato che la fideiussione con polizza rilasciata a favore della impresa capogruppo copriva tutto l'ambito della garanzia pretesa dalla legge in caso di mancata sottoscrizione del contratto, avendo ad oggetto le condotte di entrambi i componenti del raggruppamento costituendo.

In base a quanto sopra considerato, nei limiti di cui in motivazione

Il Consiglio

- ritiene che il provvedimento di esclusione non sia conforme alla normativa vigente.

IL CONSIGLIERE RELATORE

Alfonso Maria Rossi Brigante

IL PRESIDENTE

Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 13 novembre 2007