

Parere n. 129 del 23/04/2008

PREC 102-08-S

Oggetto: Istanza di parere ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo .163/2006, presentata dalla INARCASSA - Gara comunitaria di appalto di servizi, a procedura aperta, per l'affidamento, non in esclusiva, del servizio di recupero stragiudiziale dei crediti relativi a contributi previdenziali obbligatori ed accessori, dovuti da ingegneri ed architetti liberi professionisti.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 11 febbraio 2008 è pervenuta l'istanza di parere in oggetto con la quale la INARCASSA, Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza per gli Ingegneri ed Architetti Liberi Professionisti, chiede a questa Autorità di esprimersi in merito alla validità delle polizze fideiussorie presentate da due partecipanti alla gara, la UGC Banca S.p.A e la Euro Service S.r.l.

In particolare, l'istante espone che il bando di gara prevede al paragrafo III.1.1, testualmente che la "cauzione provvisoria dovrà avere validità minima superiore di 180 giorni a quella fissata come termine di presentazione delle offerte" la cui data è stabilita dal punto IV.3.3) del bando il 19 novembre 2007. Il disciplinare di gara, inoltre, ripetendo quanto già indicato nel bando, all'art. 3 prevede che la cauzione provvisoria debba avere "validità minima superiore di 180 giorni a quella fissata come termine di presentazione delle offerte".

L'istante rappresenta che le polizze fideiussorie fornite dalla UGC Banca S.p.A. e dalla Euro Service S.r.l. riportano diciture difformi dal testo previsto dalla lex specialis, essendo previsto nella prima fideiussione la seguente frase "resta inteso che ogni e qualsiasi effetto della presente fideiussione viene a cessare 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta (19/11/2007)"; mentre nella seconda è riportato testualmente "valida fino a 180 giorni dall'inizio delle operazioni di gara ossia valida fino al 12 maggio 2008". L'istante, tenuto conto di detta difformità, che secondo la commissione di gara determinerebbe una durata inferiore di un giorno della cauzione della UGC Banca S.p.A., e di giorni cinque della cauzione di Euro Service S.r.l., ha richiesto un parere a questa Autorità.

In riscontro all'istruttoria procedimentale eseguita ha presentato osservazioni la UGC Banca S.p.A., la quale ha rilevato come che il disciplinare di gara non richieda che la garanzia debba avere una durata di almeno 181 giorni, bensì, una durata minima di almeno 180 giorni da calcolarsi a far data dal giorno successivo al termine di presentazione delle offerte. La validità della garanzia prestata, secondo la società, deve, pertanto, ritenersi cessata solo con il decorrere del 180° giorno a partire dal 20/11/2007 compreso.

Ha presentato, altresì, osservazioni la Euro Service S.r.l. secondo cui la dizione riportata nella propria lettera fideiussoria è frutto di un mero errore materiale laddove precisa "fino al 12 maggio 2008". Inoltre viene sostenuto che la validità della polizza debba essere comunque computata a partire dall'inizio delle operazioni di gara. Pertanto, la Euro Service S.r.l. richiede di poter integrare la polizza, prevedendo una durata superiore, in applicazione del principio del *favor participationis*.

Ritenuto in diritto

La cauzione provvisoria ha una duplice finalità in quanto, da un lato garantisce la stazione appaltante dalla eventuale mancata sottoscrizione del contratto da parte

dell'aggiudicatario, dall'altro assolve alla funzione di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata. Detta natura provvisoria comporta che la durata della cauzione provvisoria non possa prescindere dalla durata della validità dell'offerta. Per questo motivo il D.Lgs. n. 163/2006, 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, sia il bando, sia il disciplinare di gara chiaramente hanno previsto che la cauzione provvisoria deve avere validità minima superiore di 180 giorni a quella fissata come termine di presentazione delle offerte. Pertanto il *dies* dal quale possono farsi decorrere i 180 giorni di validità della cauzione provvisoria è il 19 novembre 2007 che, come indicato dal punto IV.3.3) del bando di gara, è il termine ultimo per la presentazione delle offerte. Detta data, pertanto, senza ulteriori specificazioni, viene ad indicare il termine, fisso, inconfutabile, ed identico per tutti i concorrenti, in cui decorre la validità della cauzione provvisoria e dell'offerta.

La clausola va interpretata, infatti, in armonia con la *ratio* dell'istituto della cauzione provvisoria intesa, come detto, ad assicurare l'adempimento dell'obbligo di sottoscrivere il contratto: esigenza, questa, rispetto alla quale assume valore preminente la durata della medesima.

Dalle considerazioni che precedono, consegue che la cauzione presentata dalla UGC Banca S.p.A., nel fissare quale termine della durata della fideiussione 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta (19/11/2007), risulta essere conforme alla *lex specialis* di gara. Infatti, in applicazione del noto principio "*dies a quo non computatur in termino*" di cui all'art. 155 c.p.c., la validità della fideiussione inizia a decorrere a partire dal giorno successivo al 19 novembre ed ha una durata di 180 giorni. Pertanto la fideiussione non risulta avere un giorno di validità in meno, come osservato dalla commissione di gara, e dunque può considerarsi conforme alla documentazione di gara ed alla normativa vigente.

Per quanto, viceversa, attiene alla fideiussione presentata dalla Euro Service s.r.l. non possono compiersi le stesse deduzioni, dal momento che, in questo caso, viene fissato un termine inferiore il quale, peraltro, decorre non dalla presentazione delle offerte, come previsto dal disciplinare, ma dall'inizio delle operazioni di gara. La durata della fideiussione (cinque giorni in meno di quanto previsto) comporta che contrattualmente dopo il 12 maggio non vi è copertura fideiussoria. In questo caso non è possibile ammettere a favore della Euro Service s.r.l. una integrazione della fideiussione, in quanto se concessa si determinerebbe una chiara violazione del principio di *par condicio*.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- la fideiussione presentata dalla UGC Banca S.p.A. è conforme alla documentazione di gara ed alla normativa vigente;
- la fideiussione dalla Euro Service s.r.l. non è conforme alla *lex specialis* di gara.

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 29/04/2008