

## **Parere n. 186 del 12/06/2008**

### **PREC 162/08/S**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari - Affidamento del servizio di tesoreria e cassa.

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

### **Considerato in fatto**

L'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari ha indetto una procedura ristretta accelerata per l'affidamento del servizio di tesoreria e cassa, con delibera n. 4852 del 10 dicembre 2007. Nel disciplinare di gara è prevista la presentazione da parte degli Istituti Bancari concorrenti di una garanzia fideiussoria di € 20.000,00, costituita nei modi di cui all'articolo 75 del d.lgs. n. 163/2006.

In sede di gara, sono state presentate due offerte: l'una ha presentato tutta la documentazione di rito nonché la fideiussione bancaria provvisoria, rilasciata da un istituto bancario controllato dall'offerente stesso, contenente all'interno l'impegno di cui al comma 8 dell'articolo 75, del d.lgs. n. 163/2006; l'altra ha presentato il deposito cauzionale provvisorio in contanti di importo pari a quello richiesto dal disciplinare di gara, ma non l'impegno del fideiussore, di cui al comma 8 dell'articolo 75, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario.

In data 13 marzo 2008, l'Azienda ha presentato l'istanza di parere di cui all'oggetto rappresentando che il servizio di tesoreria risulterebbe regolamentato da una normativa di carattere speciale, rinvenibile nel combinato disposto di cui all'articolo 35, comma 3, della legge n. 119/1981 - legge finanziaria 1981 - e all'articolo 8 del d.m. 21 settembre 1981, che prevede l'esenzione dal pagamento della cauzione dell'istituto tesoriere, in quanto soggetto compreso nelle categorie previste dall'articolo 5 del regio decreto n. 375/1936. Tutto ciò posto, l'Azienda sanitaria richiede di conoscere il parere dell'Autorità in merito ai seguenti quesiti:

1. se per l'affidamento del servizio di tesoreria delle aziende sanitarie locali la previsione di cui all'articolo 75 del D.lgs. n. 163/2006 è derogabile o meno in presenza della normativa speciale di cui all'articolo 35, comma 2, della legge n. 119/1981 e dall'articolo 8 del d.m. 21 settembre 1981;
2. se la citata normativa speciale sia intesa come eterointegrata anche in difetto di un'espressa previsione nella *lex specialis* ;
3. se l'impegno al rilascio della cauzione definitiva ex articolo 75, comma 8, possa essere assunto da un istituto bancario controllato dallo stesso partecipante.

### **Ritenuto in diritto**

Il comma 8 dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 prevede che l'offerta è corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario. L'impegno della cauzione definitiva di cui all'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006, ha la funzione di garantire la stazione appaltante dalla mancata esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicatario.

La cauzione, provvisoria e definitiva, assolve pertanto sia una funzione indennitaria, in quanto garantisce alla stazione appaltante il risarcimento dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto dell'impresa aggiudicataria di stipulare il contratto, sia 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.

Nel caso di specie, l'Azienda sanitaria Locale di Bari, ha previsto nella disciplina di gara l'obbligo in capo agli offerenti di fornire una garanzia fideiussoria di € 20.000,00, pari al due per cento del valore dell'appalto, costituita nei modi di cui all'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006. Non sembra possibile, alla luce di detta norma espressamente contenuta nella *lex specialis* , da parte della stazione appaltante ammettere al prosieguo della procedura il partecipante che ha ommesso di presentare l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, in quanto si

integrerebbe, altrimenti, una violazione del principio della *par condicio* nei confronti degli altri partecipanti che hanno regolarmente provveduto, in applicazione dell'art. 75, a presentare la dichiarazione richiesta. Del resto, la norma di cui all'articolo 8 del d.m. 21 settembre 1981 richiamata dal partecipante, è di rango secondario e, pertanto, inidonea a derogare ad una norma di legge prevista dal Codice dei Contratti.

Per tale ragione, l'unica normativa applicabile nel caso in esame è quella dettata dall'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006, il quale prescrive le caratteristiche che la cauzione deve avere, prevedendone le modalità di costituzione, la natura bancaria ovvero assicurativa, la legittimazione a rilasciarla, in capo agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del d.lgs. n. 385/1993, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze, nonché il termine minimo di validità.

Nel dettare la menzionata disciplina della cauzione, il legislatore non ha previsto alcun regime di incompatibilità in relazione all'eventualità che il soggetto che rilascia la garanzia sia un istituto controllato dal soggetto offerente al quale è conferita la cauzione medesima.

Non appare in tal senso rinvenibile un possibile pregiudizio nei confronti della stazione appaltante o una possibile lesione dei principi in materia di contratti pubblici.

Peraltro, l'eventualità che la garanzia venga rilasciata da un soggetto controllato dall'istituto bancario partecipante non sembra arrecare pregiudizio alla funzione tipica che la cauzione è chiamata a svolgere.

In base a quanto sopra considerato

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di comunicare alle Parti interessate che:

1. la normativa applicabile è quella dettata dall'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006, così come prevista anche dalla *lex specialis* di gara;
2. la disciplina di cui all'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006 non sembra precludere la possibilità che la cauzione venga conferita da un istituto bancario controllato dallo stesso partecipante a cui è rilasciata la garanzia medesima.

Il Consigliere Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 23/06/2008