

## **Parere n. 104 del 08 ottobre 2009**

**Protocollo** 378/08/L

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'impresa Rosati Romolo s.r.l. - Interventi di manutenzione straordinaria finalizzati al ripristino di opere danneggiate impreviste ed imprevedibili motivo di pericolo presso gli edifici scolastici di pertinenza del Dipartimento X -Servizio 3 (PRS 07/08/X3) - Importo a base d'asta € 696.000,00 di cui € 32.500,00 non soggetti a ribasso d'asta - S.A.: Provincia di Roma

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 15 luglio 2008 perveniva all'Autorità l'istanza di parere in oggetto, con cui l'impresa Rosati Romolo s.r.l. esponeva di essere stata invitata a partecipare alla procedura ristretta semplificata per l'affidamento dei lavori in questione e di essere stata esclusa in seguito allo svolgimento delle operazioni di gara (celebrate in data 19/6/2008) con nota datata 24/6/2008, per mancanza nella cauzione provvisoria presentata della necessaria dichiarazione dell'assicuratore che ha rilasciato la medesima, secondo quanto prescritto a pena di esclusione dall'Avvertenza prevista alla lettera D) n. 4) della lettera di invito.

L'impresa istante contestava la legittimità dell'Avvertenza predetta, a tenore della quale era previsto a pena di esclusione l'obbligo di presentare un'autodichiarazione, accompagnata da copia di un documento di riconoscimento del sottoscrittore oppure autentica notarile, da cui si evincesse inequivocabilmente il potere di firma o di rappresentanza dell'agente che avesse sottoscritto la cauzione, in caso di cauzione provvisoria rilasciata da istituti di credito, compagnie di assicurazione o intermediari finanziari autorizzati.

In particolare, a giudizio dell'istante, l'obbligo imposto, oltre a non trovare il proprio fondamento nel contesto normativo di riferimento per la perfezione e l'efficacia dell'atto fidejussorio, costituiva un inutile aggravio che oltrepassa i limiti di ragionevolezza e proporzionalità entro i quali la stazione appaltante può imporre ulteriori requisiti di partecipazione, anche in considerazione del fatto che la *ratio* del perseguimento della certezza in ordine alla provenienza ed affidabilità della dichiarazione di garanzia sarebbe già garantita dall'uso dei moduli della società assicuratrice e dal rispetto delle regole normative vigenti.

Veniva, pertanto, richiesta a questa Autorità l'emissione del parere in oggetto nel senso della declaratoria dell'illegittimità dell'esclusione disposta in base al contestato disposto della *lex specialis*, anche a fronte del fatto che con il ribasso offerto l'impresa istante sarebbe risultata aggiudicataria della gara.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità la stazione appaltante e l'impresa controinteressata CO.TRA.C. Costruzioni Trasporti Cave s.r.l. formulavano le proprie controdeduzioni.

Nello specifico, la Provincia di Roma sottolineava che la *ratio* sottesa alla clausola contestata risiede nell'esigenza di tutelare l'amministrazione circa il permanere, al momento del rilascio della garanzia, del rapporto di rappresentanza in capo al soggetto fisico che materialmente la sottoscrive per l'istituto di credito, la compagnia assicuratrice o l'intermediario finanziario autorizzato, atteso che tale dato non è aggiornato in tempo reale e che a sottoscrivere materialmente la garanzia potrebbe essere una persona fisica pur dipendente dall'istituto o compagnia ma non a ciò legittimato. La stazione appaltante evidenziava, altresì, che la natura di "dichiarazione sostitutiva" sarebbe di per sé incompatibile con il lamentato aggravamento del procedimento, considerato che l'istituto di cui trattasi nasce nell'ottica, nel contesto e nello spirito proprio dell'opposta "semplificazione amministrativa".

L'impresa controinteressata, inoltre, evidenziava la legittimità della clausola contestata, anche sulla scorta di richiami giurisprudenziali (Consiglio di Stato, SEZ. V, 30 agosto 2005 n. 4421) di grado superiore e successivi a quelli posti a base dell'istanza (TAR Lombardia, SEZ. III, 17 luglio 2003, n. 3588), dai quali si evince che una siffatta clausola non fa che proceduralizzare l'obbligo già gravante sul concorrente in base a quanto stabilito dagli artt. 1943 e 1393 del codice civile, applicabile a tutte le ipotesi di fideiussione, ancorchè previste da leggi speciali.

### **Ritenuto in diritto**

Oggetto della richiesta di parere è la legittimità del provvedimento di esclusione, disposto in diretta applicazione della suddetta previsione di cui alla *lex specialis*.

Come accennato nella narrativa in fatto, la statuizione della *lex specialis* in contestazione prevedeva, con specifica avvertenza e a pena di esclusione (riquadro in calce al punto 4 lettera D della lettera invito), l'obbligo di presentare un'autodichiarazione, accompagnata da copia di un documento di riconoscimento del sottoscrittore oppure autentica notarile, da cui si evincesse inequivocabilmente il potere di firma o di rappresentanza dell'agente che avesse sottoscritto la cauzione, in caso di cauzione provvisoria rilasciata da istituti di credito, compagnie di assicurazione o intermediari finanziari autorizzati.

Altrettanto pacifica, in linea di fatto, è la mancata produzione, da parte dell'istante, della documentazione richiesta, da cui è conseguita l'esclusione.

La previsione in questione non appare viziata nei termini contestati.

Preliminarmente, in via generale va ribadito che, qualora il bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento del bando (pareri dell'Autorità n. 215 del 17 settembre 2008 e n. 262 del 17 dicembre 2008). Ciò va ribadito in specie laddove, come nel caso de quo, la clausola sia chiaramente evidenziata nell'ambito della *lex specialis* (essendo riportata in uno specifico box, in neretto e a carattere maiuscolo), cosicché i partecipanti risultavano correttamente informati dell'obbligo di presentare la richiesta documentazione a pena di esclusione.

Sempre in via generale, va ribadito che, se per un verso l'inosservanza delle prescrizioni del bando di gara circa le modalità di presentazione delle offerte, implica l'esclusione dalla gara stessa solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse della Pubblica Amministrazione appaltante, o poste a garanzia della *par condicio* dei concorrenti, per un altro verso in presenza di una espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione alla gara, in conseguenza del mancato rispetto di determinate prescrizioni, il c.d. criterio teleologico assume un valore esclusivamente suppletivo rispetto a quello formale, nel senso che può essere utilizzato solo nel caso in cui una determinata formalità non sia prevista espressamente a pena di esclusione e sia priva di qualsiasi ragionevolezza (cfr. ad es. Consiglio di Stato, Sez. V, 04 marzo 2008, n. 874).

Nel caso di specie, peraltro, la previsione in oggetto, oltre ad integrare il predetto criterio formale, non appare viziata nei contestati termini di irragionevolezza, rispondendo ad esigenze analoghe a quelle individuate dai principi ricavabili in termini generali dagli artt. 1943 e 1393 del codice civile; applicabili a tutte le ipotesi di fideiussione ancorché prevista da leggi speciali.

In forza di tali disposizioni codicistiche, infatti, "il debitore obbligato a dare un fideiussore deve presentare persona capace" (art. 1943 c.c.), ma l'obbligo in questione non può dirsi assolto, allorché il soggetto presentato sia una persona giuridica, se il sottoscrittore del documento in cui è portata la garanzia, non sia titolare del potere di obbligare il soggetto in questione (e cioè un organo della stessa dotato dei poteri di rappresentanza, un institore, o anche procuratore munito del potere di impegnare il soggetto proposto), pertanto la norma dell'art. 1943 c.c. deve essere integrata dalla disposizione contenuta nell'art. 1393 dello stesso codice, il quale statuisce che "il terzo che contrae col rappresentante può sempre esigere che questi giustifichi i suoi poteri".

La regola di carattere generale che se ne deve trarre in tema di contratti della pubblica amministrazione è che, il soggetto che partecipa ad una pubblica gara, con l'obbligo di prestare cauzione provvisoria, può fare ricorso alla fideiussione, ma è, comunque, obbligato a presentare soggetto capace a prestare la garanzia e, trattandosi di una persona giuridica (come nella specie), a fornire alla stazione appaltante, con il documento fideiussorio, anche gli elementi giustificativi dei poteri del sottoscrittore di costituire l'obbligazione di garanzia a carico della persona giuridica presentata.

Invero, la previsione del bando di gara in discussione pare, come più volte ribadito in giurisprudenza (cfr. ad es. T.A.R. Sicilia Catania, Sez. III, 04 ottobre 2007, n. 1561 e Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2005, n. 4421), individuare in via formale uno strumento conforme alle correnti regole sulla documentazione, anche per ciò che concerne la produzione della fotocopia del documento di identità (costituente elemento costitutivo dell'autocertificazione: cfr. ad es. parere dell'Autorità n. 105 del 9 aprile 2008), propriamente inteso a conferire celerità alla procedura concorsuale, senza aggravare né il procedimento, né la posizione del concorrente (comunque obbligato ad accertare ed a certificare la giustificazione dei poteri del sottoscrittore).

La clausola del bando che richiede l'autentica di firma del soggetto sottoscrittore della polizza fideiussoria con l'accertamento dei relativi poteri non sembra pertanto viziata nei termini censurati, avendo la finalità sostanziale di garantire la stazione appaltante in merito alla validità della garanzia

sotto il profilo della legittimazione all'assunzione dell'impegno da parte del funzionario sottoscrittore in nome e per conto dell'istituto fideiubente; legittimamente l'amministrazione appaltante può, infatti, richiedere nella *lex specialis* della gara, requisiti ulteriori rispetto a quelli già stabiliti direttamente dalla legge, sempreché non siano irragionevoli o illogici rispetto alla tutela che intendono perseguire.

Né appare condivisibile il paventato obbligo per la stazione appaltante di chiedere eventuali integrazioni, in astratto invocabile unicamente in mancanza della comminatoria di esclusione, pena altrimenti opinando l'evidente contrasto con il principio del rispetto della *par condicio* fra concorrenti. Infatti, la richiesta di regolarizzazione o integrazione documentale, ove applicata, si risolverebbe in una palese violazione della *par condicio* nei confronti di quelle imprese concorrenti, che abbiano, invece, puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* di gara; tale richiesta è possibile in caso di equivocità della clausola del bando, mentre in presenza di una prescrizione chiara, come nel caso di specie, un eventuale invito da parte della stazione appaltante alla regolarizzazione dei documenti, costituirebbe violazione del predetto principio (cfr. ad es. parere dell'Autorità n. 89 del 20 marzo 2008).

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, corretta l'esclusione disposta dalla Provincia di Roma nei confronti dell'impresa istante in applicazione della *lex specialis*.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 novembre 2009