

Parere n. 118 del 16/06/2010

Protocollo 44/10/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 Edile DOLCECASA - Accordi Quadro per regolare le prestazioni, per un periodo di 24 mesi compreso negli anni 2010 - 2011 - 2012, di progettazione ed esecuzione lavori e delle forniture per la manutenzione dei fabbricati, delle pertinenze e relativi impianti tecnologici civili, nonché l'esecuzione di altri lavori similari compreso lo sgombero della neve e del ghiaccio dalle aree esterne aperte al pubblico e/o di servizio, ricadenti nell'ambito di competenza della Direzione Territoriale Produzione di Genova - S.O. Terminali e Servizi, relativi alle gare n. 39/09, n. 40/09 e n. 41/09 - Importo a base d'asta: € 800.000,00 - S.A.: Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. - Direzione Territoriale Produzione di Genova - S.O. Terminali e Servizi.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 febbraio 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale l'Impresa Edile DOLCECASA ha chiesto a questa Autorità di esprimersi in merito alla legittimità di alcune previsioni contenute nella disciplina di gara di cui trattasi, dettata dalla stazione appaltante, al fine di concludere accordi quadro regolanti le prestazioni in oggetto.

Nello specifico, l'impresa istante ha contestato la legittimità sia della richiesta di produrre, a pena di esclusione, la cauzione provvisoria corredata dall'autentica notarile della firma della persona munita dei poteri necessari per impegnare il soggetto garante, sia della previsione di esclusione nei confronti dei concorrenti che, in possesso di attestazione ISO, producano la cauzione provvisoria per un importo pari all'1%, anziché al 2%, come prescritto dalla *lex specialis*.

In particolare, a giudizio dell'istante, l'obbligo per la perfezione e l'efficacia dell'atto fidejussorio sopra richiamato, oltre a non trovare il proprio fondamento nel contesto normativo di riferimento in proposito evocato (Legge n. 241/90 e D.P.R. n. 445/2000), costituirebbe 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 della evidente onerosità dipendente dalla serialità e ripetitività dell'incombente di cui trattasi per ognuna delle tre gare in argomento.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale avviata da questa Autorità, la stazione appaltante Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. ha esposto, con nota pervenuta in data 12 marzo 2010, le deduzioni di competenza, difendendo le proprie ragioni su ciascuno dei punti controversi di cui sopra.

Nello specifico, la stazione appaltante ha sottolineato che la *ratio* sottesa alla prima 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 legittimata. Per quanto concerne, inoltre, la seconda clausola in discussione, la stazione appaltante ne ha difeso la legittimità sull'assunto che le previsioni dettate in proposito dall'art. 75, comma 7, del Codice dei contratti pubblici non siano ad essa applicabili, in quanto soggetto operante nei settori speciali.

Ritenuto in diritto

Al fine di definire le questioni controverse sottoposte a questa Autorità con l'istanza di parere in oggetto, preliminarmente si rileva che il bando di gara, nel punto III.1.1), nel prevedere "*una cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta pari al 2% dell'importo a base di gara*", rimanda alla lettera di invito l'onere di specificare le modalità per la costituzione della cauzione medesima, evidenziando che "*Non è consentita l'applicazione del beneficio della riduzione del 50% dell'importo della cauzione provvisoria e definitiva nel caso di possesso di certificazione di sistema di qualità conforme alle norme europee*". Ciascuna lettera di invito, al riguardo, precisa che, a pena di esclusione, "*I-d) L'offerta deve essere corredata da una cauzione provvisoria pari al 2% dell'importo base della procedura costituita mediante fidejussione bancaria o polizza assicurativa, o rilasciata da un intermediario finanziario, iscritto nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolga in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzato dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, con autentica notarile della sottoscrizione*

che espressamente attesti che il sottoscrittore è munito dei poteri necessari per impegnare il soggetto garante (...) E' espressamente esclusa l'applicazione alla presente procedura del beneficio della riduzione del 50% dell'importo della cauzione per le imprese che abbiano la certificazione del sistema di qualità".

Le previsioni in questione non appaiono viziate nei termini contestati.

Preliminarmente, va ribadito in via generale che, qualora - come nel caso di specie - il Bando commini espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'Amministrazione è tenuta a darvi precisa ed incondizionata esecuzione, 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 (cfr. pareri di questa Autorità n. 215 de 17 settembre 2008 e n. 262 del 17 dicembre 2008).

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. *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 04 marzo 2008, n. 874).

D'altra parte, si rammenta come anche la giurisprudenza amministrativa ha affermato che il principio teso ad evitare che l'esigenza di massima partecipazione possa essere compromesso da carenze di ordine meramente formale incontra dei limiti applicativi: in particolare, in presenza di una prescrizione chiara e nell'inosservanza di questa da parte di un'impresa concorrente, un eventuale invito alla regolarizzazione costituirebbe violazione del limite costituito dalla possibilità di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando, della lettera di invito o, comunque, presenti nella normativa applicabile alla fattispecie concreta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1653).

Nel caso di specie, peraltro, le previsioni oggetto di contestazione, oltre ad integrare il predetto criterio formale, non appaiono viziate 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 (si veda al riguardo il parere di questa Autorità n. 104 del 8 ottobre 2009).

In forza delle suddette 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 contratta col rappresentante può sempre esigere che questi giustifichi i suoi poteri* ".

Ciò premesso, 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, viziosa 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, peraltro, l'amministrazione appaltante può 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.

Per quel che ne occupa è, quindi, legittimo che la *lex specialis* della gara sanzioni espressamente la mancata autenticazione della firma del sottoscrittore della garanzia stessa, con l'esclusione dalla gara.

Sul punto ha già avuto modo di pronunciarsi il giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. IV, 30 agosto 2005 n. 4421), rilevando che la previsione al riguardo di una clausola di esclusione risulta funzionale anche alla corretta applicazione del combinato disposto dagli artt. 1943 e 1393 c.c., in quanto l'obbligo della certificazione del potere di firma quale rappresentante del soggetto fideiubente proceduralizza l'obbligo già gravante sul concorrente in forza dei predetti articoli del codice civile: obbligo che risulta invero applicabile a tutte le ipotesi di fideiussione, ancorché previste da leggi speciali.

Quanto all'applicabilità al caso di specie della disposizione di cui all'art. 75, comma 7, del Codice dei

contratti pubblici, secondo la quale “ *L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000...* ” occorre tener presente che la stazione appaltante Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., ai sensi dell'art. 207 del D.Lgs. n. 163/2006, è un ente aggiudicatore operante nei settori speciali, in quanto svolge una delle attività di cui agli artt. da 208 a 213 del Codice dei contratti pubblici e, precisamente, “*attività relative alla messa a disposizione o alla gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario*” (art. 210, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006).

Nella prospettiva di circoscrivere razionalmente la portata applicativa della particolare disciplina operante nei settori speciali, l'art. 217, comma 1 del citato D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che la Parte III, contenente le norme relative, per l'appunto, alla disciplina particolare dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, “*non si applica agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività di cui agli articoli dal 208 a 213...*”, per cui in quest'ultima evenienza trova applicazione la disciplina ordinaria.

Si tratta quindi di stabilire se nella fattispecie in esame, l'appalto oggetto di affidamento da parte dell'ente aggiudicatore Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. è o meno strettamente correlato agli scopi istituzionali delle sopra richiamate attività di cui all'art. 210, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006. Ebbene, dall'analisi della documentazione di gara che disciplina l'affidamento dell'appalto in argomento non emergono ragioni idonee a giustificare l'inoperatività della disciplina della Parte III del Codice dei contratti pubblici, concernente i settori speciali.

Le prestazioni oggetto degli appalti, descritte nel bando per ciascuna delle gare in epigrafe, comprendono, infatti, le stazioni e le fermate ricadenti nelle tratte di linee ferroviarie ivi indicate; sicché, non mancano elementi idonei a dimostrare l'obiettivo intendimento della stazione appaltante di attrarre la disciplina di gara nell'ambito della normativa speciale di cui sopra e, segnatamente, nella previsione contenuta nell'art. 206 del D.Lgs. n. 163/2006 (rubricato “ *Norme applicabili* ”), anziché in quella di cui all'art. 75, comma 7 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006 (in tema di “ *Garanzie a corredo dell'offerta* ”), sopra citata, sottesa all'assunto della società istante secondo cui sarebbe illegittima l'esclusione del beneficio della riduzione del cinquanta per cento dell'importo della cauzione per le imprese che abbiano la certificazione del sistema di qualità.

Pertanto, tale assunto è da ritenersi privo di pregio, e deve concludersi nel senso che, nella fattispecie in esame, all'ente aggiudicatore Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., operante nel settore speciale dei servizi di trasporto ferroviario, si applica la disposizione dell'art. 206 del D.Lgs. n. 163/2006, per cui trovano applicazione al caso di specie, oltre alle norme speciali della Parte III del Codice dei contratti pubblici, le norme di cui alle Parti I, IV, e V, nonché i soli articoli della Parte II espressamente richiamati nello stesso art. 206, tra i quali non figura l'art. 75, concernente le cauzioni. Si ricorda, infine, che il comma 3 dell'art. 206 del D.Lgs. n. 163/2006 in argomento dispone altresì che “ *Nel rispetto del principio di proporzionalità, gli enti aggiudicatori possono applicare altre disposizioni della Parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base al presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara...* ”. A quest'ultimo riguardo, però, nessuna indicazione è dato rilevare, in tal senso, nel bando e nelle lettere di invito delle gare in argomento, nei quali, viceversa, viene espressamente esclusa l'applicazione del beneficio della riduzione del cinquanta per cento dell'importo della cauzione per le imprese che abbiano la certificazione del sistema di qualità.

Conseguentemente, le clausole del bando e delle lettere di invito contestate dall'istante Impresa Edile DOLCECASA appaiono conformi alla disciplina di settore.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che le disposizioni della *lex specialis* di gara contestate dall'Impresa Edile DOLCECASA siano conformi alla normativa di settore.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Alessandro Botto, Giuseppe Brienza

Il Presidente.: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 30 giugno 2010