

Parere n.10 del 29/07/2014

PREC 44/14/L

Oggetto:Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata da C.A.E.C. Consorzio Artigiano Edile Comiso- "Appalto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo per l'intervento denominato: Polo museale della Sibaritide capo 3.1 int. A.1) Realizzazione della nuova unità museale "Ippodameo"; int B.1) Nuovi depositi archeologici capo 3.7) int. C.1 Nuova unità museografica (in corso di costruzione): completamento dei lavori impiantistici e di rifinitura" - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: euro 4.417.373,07 - S.A.: Ministero per i Beni e le Attività Culturali - Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Calabria.

Cauzione provvisoria e autentica notarile.

Il Consiglio

Considerato in fatto

Con istanza pervenuta in data 21 febbraio 2014, il Consorzio Artigiano Edile Comiso, C.A.E.C., ha chiesto un parere in merito alla procedura aperta bandita dalla Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Calabria per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto indicato in oggetto di importo pari a euro 4.417.373,07.

Il Consorzio istante rappresenta quanto segue.

Intendendo partecipare alla procedura *de qua*, ed avendo riscontrato difformità tra bando e disciplinare di gara in tema di cauzione provvisoria (il bando prevedeva l'autenticazione notarile della firma del garante, il disciplinare non ne faceva menzione), l'istante contattava telefonicamente il responsabile dell'ufficio della stazione appaltante, il quale chiariva che non sarebbe stata necessaria l'autentica notarile come, peraltro, indicato nella FAQ pubblicata sul sito internet ufficiale della stessa stazione appaltante relativamente ad analoga *lex specialis* inerente sempre un appalto di progettazione ed esecuzione lavori. Confidando sul chiarimento ottenuto per le vie brevi, l'istante partecipava alla gara presentando la cauzione senza firma autenticata dal notaio; quindi, in data 17.12.2013, veniva ammesso con riserva e, dopo un parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato reso in data 11.02.2014, veniva escluso con la seguente motivazione "... La Commissione rileva che la polizza fidejussoria rilasciata da Elba Assicurazioni spa n.530248 non risulta munita di autentica notarile come prescritto alla sez. III-III.1) lett. a) del bando di gara.".

L'istante sostiene di aver presentato la polizza fidejussoria priva dell'autentica notarile in quanto indotto in errore dai chiarimenti che la stessa stazione appaltante, seppure con riferimento ad altra gara in corso di svolgimento nello stesso periodo, gli aveva fornito. E nel denunciare la contraddittorietà della *lex specialis* di gara, contesta la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti. Nel corso dell'istruttoria procedimentale, avviata in data 7 marzo 2014, la Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Calabria ha, dal canto suo, rilevato quanto segue: la gara in questione veniva indetta con bando del 7.10.2013, pubblicato per esteso sul sito www.beniculturalicalabria.it, unitamente ad altre sei procedure ad evidenza pubblica che presentavano i medesimi schemi tipo di bando e disciplinare di gara; riguardo alla specifica procedura in esame, sulla base di quanto previsto dal bando relativamente alle cauzioni e garanzie richieste, la commissione di gara, relativamente al Consorzio Stabile Artigiano Edile Comiso) rilevava che: "... la polizza fidejussoria rilasciata da Elba Assicurazioni spa n. 530248 non risulta munita di autentica notarile come prescritto alla sez. III - III.1) lett. a) del bando di gara. Nell'ottica di garantire la maggiore partecipazione alla procedura, la Commissione ritiene di procedere all'ammissione con riserva della stessa, nelle more dell'acquisizione di specifico parere dell'Avvocatura Distrettuale competente. La riserva sarà sciolta, comunque, prima dell'apertura delle buste delle offerte economiche e della riduzione temporale"; l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro si esprimeva nel senso della non ammissibilità del concorrente; la stazione appaltante, pertanto, ritenendo di conformarsi al predetto parere, procedeva all'esclusione dell'istante aggiudicando in via provvisoria a Cobar s.p.a. l'appalto in oggetto.

Con nota del 7 marzo 2014 è stato comunicato l'avvio del procedimento alla stazione appaltante, all'istante e all'aggiudicataria provvisoria Cobar s.p.a..

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame attiene alla legittimità dell'esclusione dell'istante dalla gara indetta dalla Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Calabria, disposta in ragione della mancata autentica notarile della firma del fideiussore.

Al riguardo, il bando di gara, relativamente alle cauzioni e garanzie richieste, prevedeva che: "... Nel caso di cauzione resa mediante fideiussione, la firma del fideiussore deve, a pena di esclusione, essere autenticata dal notaio, che attesti che il legale rappresentante dell'Istituto di Credito o della Compagnia di Assicurazione ha il potere di impegnare validamente il soggetto fideiussore.".

Sul medesimo punto, il disciplinare di gara, in tema di cauzione provvisoria, non ribadiva l'obbligo dell'autenticazione notarile della firma del garante; tale circostanza, tuttavia, non assume particolare rilievo, in quanto i due atti che compongono la *lex specialis* vanno letti, interpretati ed applicati

integrandosi a vicenda.

Né assume rilievo, in quanto non documentata, la circostanza riferita dall'istante circa un chiarimento informale proveniente dalla stessa stazione appaltante, posto che, in caso di dubbio, l'operatore economico avrebbe dovuto formulare alla Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Calabria uno specifico quesito in forma scritta - come prescritto nel disciplinare di gara, a pagina 25, all'art. 10, punto 2, lettera a) - anziché assumere informazioni telefoniche.

Va, inoltre, rilevato che la stazione appaltante, in occasione della gara oggetto del presente parere, ha acquisito apposito parere dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, che ha indicato una soluzione in linea, tra l'altro, con quanto specificato, al riguardo, nella determinazione A.V.C.P. n. 4 del 10 ottobre 2012, adottata nell'esercizio della funzione di cui all'art. 64, comma 4-bis, del d.lgs. n. 163/2006, al fine di fornire alle stazioni appaltanti indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara.

Nella citata determinazione viene chiarito che: "il Codice disegna un peculiare e specifico sistema di garanzie, volto a tutelare la stazione appaltante sia nella fase pubblicistica di scelta del contraente sia in quella privatistica di esecuzione del contratto. Con riguardo alla fase di partecipazione alla procedura di gara, assumono rilievo le disposizioni dettate sulle garanzie a corredo dell'offerta, che coprono la stazione appaltante dal rischio di mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario. Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall'art. 75 del Codice. La disposizione presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria assolve, infatti, allo scopo di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa. L'offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile " (cfr. anche parere di precontenzioso n. 102 del 19.06.2013).

In considerazione della peculiare funzione svolta dalla cauzione provvisoria, va ritenuta legittima l'esclusione dell'impresa concorrente che, in violazione di una espressa e chiara previsione della *lex specialis*, ometta di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata, purché il bando prescriva espressamente tale adempimento e lo sanzioni con l'esclusione (determinazione A.V.C.P. n. 4 del 10.10.2012, pag. 38, punto 8).

Tale circostanza è proprio quella che ricorre nel caso in esame.

Il bando di gara, infatti, richiedeva espressamente l'autenticazione della sottoscrizione del fideiussore da parte di un notaio e sanzionava l'eventuale violazione di tale prescrizione con l'esclusione dalla gara.

La compatibilità della clausola in questione con il vigente quadro normativo è confermata anche dalla giurisprudenza, la quale ha affermato che la previsione, a pena di esclusione, dell'autentica notarile della firma apposta dal fideiussore risponde all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia, impedendo il disconoscimento della sottoscrizione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2011, n. 3365 e Sez. III, 19 aprile 2011, n. 2387).

Sul punto va ricordato che la cauzione in esame è azionabile a prima richiesta da parte della stazione appaltante, sicché questa ha interesse a non vedersi opporre il disconoscimento della sottoscrizione, evitabile solo mediante l'autenticazione di quest'ultima, la quale, quindi, garantisce l'amministrazione, perché determina la piena prova ai sensi degli artt. 2702 e 2703 c.c. in ordine alla provenienza della sottoscrizione, impedendone il successivo disconoscimento.

L'obbligo in esame fissato dalla *lex specialis*, quindi, va rispettato in quanto finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico alla certezza sulla provenienza della garanzia e non risulta in contrasto con la previsione dell'art. 75, del d.lgs. n. 163/2006, che non lo prevede espressamente, ma neppure lo esclude. La mancanza di apposita previsione legislativa, infatti, non può condurre di per sé a ritenere una clausola vietata dall'ordinamento, essendo necessario, a tal fine, verificare se tale clausola possa, comunque, essere inserita dalle stazioni appaltanti (in tal senso: TAR Lazio, Sez. III, 15 gennaio 2010, n.280).

In base a quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, legittima l'esclusione del Consorzio Artigiano Edile Comiso dalla gara in oggetto.

Il Presidente: Raffaele Cantone

Depositato in data 6 agosto 2014

Il Segretario Maria Esposito