

Parere n. 14 del 28/01/2010

PREC 99/09/S

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Foligno - Procedura aperta per l'affidamento del servizio di installazione e gestione delle aree di sosta a pagamento nel capoluogo del Comune di Foligno - Importo a base d'asta € 250.000,00 - S.A.: Comune di Foligno.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 7 luglio 2009 è pervenuta l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale il Comune di Foligno ha chiesto la risoluzione di due specifiche problematiche attinenti alla fase procedimentale dell'esame della documentazione presentata dai partecipanti alla gara ai fini della loro ammissione. La prima questione controversa riguarda la necessità della dicitura "senza riserve" nel corpo della dichiarazione dell'impegno del fideiussore a versare l'importo della cauzione nelle casse del Comune di Foligno quale garanzia provvisoria, come richiesto dal disciplinare di gara al punto 2, lettera c). La seconda questione sottoposta riguarda la necessità o meno della presentazione delle giustificazioni preventive della propria offerta da parte dei partecipanti alla procedura di gara in oggetto.

Al riguardo, il Comune istante ha rappresentato che la Commissione di gara, in relazione alla prima problematica interpretativa, ha ritenuto di ammettere tutti i concorrenti la cui polizza fideiussoria non riportava la dicitura "senza riserve", in quanto non compresa nel dettato dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, espressamente richiamato dal bando di gara, né prevista dal punto 11 del bando medesimo, ma solo dal disciplinare di gara, per cui detta prescrizione non poteva che essere interpretata conformemente al citato articolo, tenuto conto altresì che la difformità fra il bando e il disciplinare di gara debba imporre comunque una lettura che tuteli la massima partecipazione dei concorrenti. Inoltre, a giudizio della Commissione, la clausola del disciplinare di gara di introdurre la frase "senza riserve" può considerarsi comunque assolta nella dichiarazione di impegno a versare l'importo garantito a semplice richiesta scritta della stazione appaltante, ove non seguita da particolari condizioni o riserve.

Quanto al secondo rilievo l'istante ha evidenziato che in nessun degli atti di gara è stata prevista la produzione di giustificazioni preventive e, pertanto, i concorrenti che non le hanno presentate non possono essere esclusi per questo.

A riscontro della richiesta di informazioni formulata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, l'Agenzia Italiana per Pubbliche Amministrazioni S.p.A., con nota dell'11 agosto 2009, ha dedotto che l'omessa adozione della dicitura "senza riserve" nella dichiarazione del fideiussore, in quanto prevista dal disciplinare a pena di esclusione, debba necessariamente comportare la comminatoria di esclusione posta dalla stazione appaltante a presidio dello specifico adempimento richiesto, quanto meno a garanzia della *par condicio* tra i concorrenti alla gara. Dello stesso tenore sono, altresì, le note della Società Immobiliare Parcheggi Auto, presentata il 12 agosto 2009 e della SIT Gestione S.p.A., presentata il 20 agosto 2009, nella quale si sottolinea, in particolare, la necessità anche delle giustificazioni preventive dell'offerta economica previste dall'art. 86, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006.

Viceversa, del tutto allineate con le argomentazioni della Commissione di gara sono le note della ECOESSE Soc. Coop. a r.l., presentata il 12 agosto 2009, dell'ICA S.r.l., presentata il 17 agosto 2009 e del Consorzio Urbania, presentata il 14 settembre 2009, nella quale tra l'altro si invoca la scusabilità dell'errore nella dichiarazione del fideiussore, stante la rilevata difformità tra le prescrizioni del bando e quelle del disciplinare di gara, nonché la mancanza di espressa previsione di una sanzione nell'omessa produzione delle giustificazioni preventive dell'offerta economica.

Ritenuto in diritto

La richiesta di parere in esame riguarda due aspetti della procedura di gara diversamente disciplinati dalle norme del relativo bando e disciplinare.

Infatti, se la dichiarazione del fideiussore, per ciò che concerne la garanzia provvisoria richiesta a pena di esclusione, è espressamente, anche se in diverso modo, prevista sia dal bando che dal disciplinare di gara, la presentazione delle giustificazioni preventive dell'offerta economica non trova riscontro alcuno negli atti di gara, ma soltanto nella lettera della legge (art. 86, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006).

Ne consegue, pertanto, che per la prima questione controversa è decisivo l'aspetto dell'interpretazione della *lex specialis* alla luce delle norme di legge e degli atti esaminati dalla Commissione di gara; mentre per ciò che concerne la seconda vi è un dato rilevante che riguarda la possibile integrazione della disciplina di gara per effetto della eventuale natura cogente delle richiamate disposizioni del Codice dei contratti pubblici.

Come rilevato dalla Commissione di gara la presentazione della garanzia provvisoria, fornita nella

forma prevista dall'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, espressamente richiamato dal bando di gara, e per un importo di € 6.000,00, viene specificamente descritta dal punto 2) del disciplinare di gara, il quale stabilisce che detta garanzia può essere alternativamente costituita: - da una quietanza di versamento alla tesoreria Comunale e dichiarazione di un istituto bancario o di una compagnia di assicurazione o di un intermediario avente i requisiti di cui appresso, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, garanzia fideiussoria di cui all'art. 113 del D.Lgs n. 163/2006 in favore della stazione appaltante; - da una fideiussione bancaria o assicurativa, riportante espressamente, a pena di esclusione: a) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione di cui all'art. 1944 del c.c., volendo ed intendendo il fideiussore restare obbligato in solido con il contraente; b) la rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del c.c.; c) l'impegno del fideiussore a versare l'importo della cauzione al Comune di Foligno, dietro semplice richiesta scritta della stazione appaltante, senza riserve, entro 15 giorni dalla richiesta medesima, d) l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria definitiva di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, e) la validità per almeno 180 giorni dalla data di presentazione dell'offerta, cioè dal giorno, per tutti i concorrenti, del 22.6.2009.

E' chiaro che il termine "senza riserve" è riferito all'impegno del fideiussore a versare la somma richiesta dal Comune di Foligno senza potersi in alcun modo opporre. Tale onere va interpretato e confrontato con quanto stabiliscono al riguardo le disposizioni di legge, espressamente richiamate dagli atti di gara.

Secondo il comma 4 dell'art. 75 del Codice dei contratti pubblici *"La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante."*

Rispetto a tale testo la dicitura in discussione non ha affatto una valenza ulteriore circa l'impegno del fideiussore a versare la somma, garantita, richiesta dalla stazione appaltante. Infatti, l'obbligo a carico del soggetto che presta la garanzia in discussione è già di per sé rafforzato, oltre che dall'impegno scritto, anche dalla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, nonché dalla rinuncia all'eccezione di cui all'art. 1957, comma 2, del codice civile circa l'onere del creditore di effettuare le proprie istanze nei confronti del debitore nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale.

Pertanto, alla luce delle norme sopra descritte, può ritenersi già sufficiente l'impegno del fideiussore a versare la somma a semplice richiesta della stazione appaltante, laddove il contenuto della polizza fideiussoria rispecchi in toto le condizioni ed il contenuto individuato dal citato art. 75 del codice dei contratti pubblici.

Giova, inoltre, rilevare che l'operato della Commissione di gara è stato comunque rispettoso della lettera del disciplinare di gara, poiché ha ammesso solo quei concorrenti che, pur avendo ommesso di adottare la dicitura "senza riserve", nella propria polizza fideiussoria avevano riportato l'impegno a versare l'importo garantito a semplice richiesta scritta della stazione appaltante, non seguito da particolari condizioni o riserve, adottando una lettura del suddetto disciplinare che al contempo tutela la massima partecipazione dei concorrenti.

Per quanto attiene l'obbligo di produrre le giustificazioni preventive all'offerta economica, può essere utile a dipanare ogni dubbio al riguardo l'esegesi dell'art. 86, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, nella versione antecedente alle modifiche introdotte dal D.L. 1 luglio 2009 n. 78 in applicazione alla fattispecie in esame *"ratione temporis"*.

Infatti, la citata disposizione del Codice dei contratti pubblici stabiliva che *"Le offerte sono corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni di cui all'articolo 87, comma 2 relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara. Il bando o la lettera di invito precisano le modalità di presentazione delle giustificazioni. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità dell'offerta, la stazione appaltante richiede all'offerente di integrare i documenti giustificativi procedendo ai sensi degli articoli 87 e 88. All'esclusione potrà provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio."*

Poiché la norma di cui trattasi non prescrive affatto una sanzione in caso di inottemperanza e poiché la stessa norma demanda alla discrezionalità della stazione appaltante il compito di determinare le modalità di presentazione delle predette giustificazioni, la loro mancata presentazione al momento della produzione dell'offerta economica, in assenza di una puntuale previsione del bando o del disciplinare, non può determinare alcuna ipotesi tipica di esclusione dalla gara, atteso che in ogni caso l'amministrazione procedente, seguendo il procedimento di cui all'art. 88 del suddetto D.Lgs. n. 163/2006, può effettuare la verifica e l'esclusione delle offerte anormalmente basse.

Secondo un recente orientamento giurisprudenziale, le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta rispondono ad esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento, mentre non possono mai essere intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione (cfr.: C.d.S., Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146 e TAR Lazio, Sez. III ter, 15.7.2009 n. 7006).

Inoltre, sulla problematica in esame questa Autorità, con precedenti espressioni di parere (cfr., da ultimo, parere n. 176 del 5 giugno 2008) ha altresì evidenziato che, secondo costante giurisprudenza amministrativa le giustificazioni preliminari richieste dall'articolo 86, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, quale anticipato corredo documentale dell'offerta, non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata presentazione delle stesse, solo in via eventuale, nella fase successiva della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta. Ed infatti, come è stato rilevato dal giudice amministrativo, verificare la

completezza documentale dell'offerta sotto il profilo delle giustificazioni, prima dell'inizio del procedimento di individuazione e verifica delle offerte anomale, porterebbe la Commissione di gara a dover escludere a priori le offerte non corredate di giustificazioni, con ciò violando la norma di cui all'articolo 88 del D.Lgs. n. 163/2006, che impone alla stazione appaltante di instaurare il contraddittorio con l'impresa la cui offerta risulta eccessivamente bassa, prima di procedere all'esclusione della stessa.

Tale interpretazione delle norme invocate esclude senza ombra di dubbio che in assenza di una specifica disposizione della *lex specialis* di gara, circostanza caratterizzante la fattispecie in esame, si possa estromettere dalla gara quei concorrenti che non abbiano provveduto a presentare preventivamente le giustificazioni alla propria offerta economica.

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della Commissione di gara è conforme alla *lex specialis* e alla normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 9 febbraio 2010