



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici

PARERE N. 195 DEL 25 NOVEMBRE 2015

PREC 08/15/L

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 presentata da Caramanna Gioacchino – Comune di Campobello di Licata – Procedura aperta per la progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di efficientamento energetico degli uffici e delle utenze energetiche della scuola elementare G. Marconi di Campobello di Licata – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: € 703.160,79 – Fase di esecuzione

E' onere della stazione appaltante esigere la giustificazione dei poteri del soggetto che rilascia la fideiussione, laddove questi agisca in nome e per conto del soggetto fideiussore

Art. 75, D. lgs 163/2006

E' infondata la contestazione dell'istante circa l'operato della Stazione appaltante, che ha ritualmente verificato i requisiti del consorzio stabile, riservandosi di accertare i requisiti dell'impresa consorziata eventuale esecutrice dei lavori

Art. 36, comma 2, D. lgs 163/2006

94, comma 1, DPR 5 ottobre 2010, n. 207

Il Consiglio

VISTA l'istanza di parere prot. n. 95592 del 5 settembre 2014, dell'impresa Caramanna Gioacchino, contenente istanza di parere nonché memoria esplicativa allegata al modulo, relativamente alla procedura indetta dalla Stazione appaltante Comune di Campobello di Licata, per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di efficientamento energetico degli uffici e delle utenze energetiche della scuola elementare G. Marconi di Campobello di Licata, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 29 gennaio 2015, con il quale è stato comunicato all'impresa Caramanna costruzioni, al Comune di Campobello di Licata, nonché al controinteressato Consorzio Stabile di Agorà l'avvio del procedimento e concessi termini per memorie e deposito di ulteriori documenti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici

VISTA la nota prot. 10431, pervenuta in data 02 febbraio 2015, con cui il Comune di Campobello di Licata deposita proprie considerazioni e osservazioni;

CONSIDERATO che l'oggetto dei quesiti riguarda la contestazione della validità della garanzia fideiussoria con cui l'aggiudicatario ha prestato la cauzione provvisoria, nonché la asserita violazione dell'art. 36 del Codice, in materia di consorzio stabile per invalidità e incompletezza e della relativa documentazione prodotta;

VISTI compiutamente gli atti del procedimento in oggetto: bando di gara, capitolato d'oneri, corrispondenza intercorsa tra le parti, note della stazione appaltante, atti di gara, verbali della commissione aggiudicatrice, ivi compresi in particolare gli atti contestati prodotti dall'aggiudicatario;

CONSIDERATO che, con il primo quesito, l'impresa Caramanna Gioacchino contesta la mancanza della esplicitazione del rapporto giuridico che lega la società finanziaria (fideiussore) e il soggetto che ha materialmente rilasciato la polizza, asserendo che si tratti di due soggetti diversi, di tal che *“detta garanzia fideiussoria si presenta manifestamente invalida, in quanto facilmente opponibile e contestabile, appunto, in relazione alla mancata esplicitazione del rapporto giuridico che lega il sottoscrittore della garanzia, nella qualità di procuratore della Finanziaria Romana s.p.a., con il soggetto che ha rilasciato effettivamente la garanzia e cioè la soc. Fenice s.r.l. e quindi sui sottostanti rapporti di obbligazione”*;

CONSIDERATO che il Comune di Campobello di Licata con nota 5 agosto 2014, allegata alla memoria di replica ha riscontrato che *“la cauzione provvisoria risulta essere rilasciata dalla Finanziaria Romana autorizzata a norma di legge ad emettere tale tipologia di polizza e firmata dal suo procuratore che ha allegato copia del documento di identità”*;

CONSIDERATO che si ricava *ex actis* che l'atto di fideiussione intercorre tra il procuratore della Finanziaria Romana spa e l'aggiudicatario Consorzio Stabile Agoraa srl;

CONSIDERATO che l'art. 75, comma 3, del Codice prevede che la fideiussione, a scelta dell'offerente, *“può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58”*;

RITENUTO che sia chiaro onere della Stazione appaltante esigere la giustificazione dei poteri del rappresentante, che abbia rilasciato la fideiussione in nome e per conto del soggetto fideiussore;

CONSIDERATO che, con il secondo quesito, la Caramanna Gioacchino contesta all'aggiudicatario di non aver prodotto, tra la documentazione di gara, copia conforme all'originale dell'atto costitutivo del consorzio stabile, ma una semplice fotocopia dell'atto costitutivo;

CONSIDERATO che, con riguardo a detto quesito, la Caramanna Gioacchino contesta altresì l'incompletezza dell'atto costitutivo consistente nella mancata allegazione dei patti sociali che costituiscono parte integrante dello stesso atto, atteso che in essi viene indicato l'organo del consorzio a



Autorità Nazionale Anticorruzione

Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici

cui spettano le decisioni, nonché la natura delle stesse sulla propria attività esterna e cioè sulla facoltà e non sull'obbligo di eseguire i lavori direttamente e mediante affidamento a un consorziato, asserendo in tal senso che *“l'incompletezza dell'atto costitutivo ha impedito alla S.A. di accertare se il Consorzio stabile Agoraa srl poteva eseguire in proprio i lavori?”*;

CONSIDERATO che la Stazione appaltante, nelle proprie repliche, afferma che *“il legale rappresentante del consorzio ha allegato la copia dell'atto costitutivo del consorzio stabile, che ovviamente e come si desume dalla copia stessa, è depositato in originale presso il notaio che lo ha redatto presso il quale è possibile effettuare, in qualsiasi momento, la verifica ed estrarne copia”*;

CONSIDERATO altresì che il Codice dispone che *“il regolamento stabilisce le condizioni e i limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati”* (art. 36, comma 2) e che pertanto la facoltà di eseguire lavori in proprio non dipende dall'atto costitutivo ma viene riconosciuta dalla legge;

CONSIDERATO, ancora, che il Regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice afferma che i consorzi stabili *“eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto”* (art. 94, comma 1, DPR 5 ottobre 2010, n. 207)

RITENUTO che sia infondata la contestazione dell'istante circa l'operato della Stazione appaltante, che ha ritualmente verificato i requisiti del consorzio stabile, riservandosi di accertare i requisiti dell'impresa consorziata eventuale esecutrice dei lavori;

VISTO l'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

Il Consiglio

RITIENE che sia onere della stazione appaltante esigere la giustificazione dei poteri del soggetto che rilascia la fideiussione, laddove questi agisca in nome e per conto del soggetto fideiussore

RITIENE che sia infondata, *ex art. 36, comma 2, Codice, e 94, comma 1, DPR 5 ottobre 2010, n. 207*, la contestazione dell'istante circa l'operato della Stazione appaltante, che ha ritualmente verificato i requisiti del consorzio stabile, riservandosi di accertare i requisiti dell'impresa consorziata eventuale esecutrice dei lavori

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 3 dicembre 2015

Il Segretario Rosetta Greco