

## **Parere n. 73 del 09/07/2009**

### **PREC 290/08/F**

**Oggetto:** Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Fratelli Schiavone s.a.s.- Fornitura e collocazione allestimento del Palazzo dei Cavalieri di Malta di Milici - Importo a base d'asta € 95.035,20 - S.A.: Comune di Rodi Milici (ME).

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 21 maggio 2008 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe, con la quale la Società Fratelli Schiavone s.a.s. ha rappresentato di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto, indetta dal Comune di Rodi Milici ed ha contestato il provvedimento di esclusione disposto dalla Stazione Appaltante nei suoi confronti "per aver presentato la polizza fideiussoria, priva dell'impegno, da parte della compagnia di assicurazione "Assedile" in caso di aggiudicazione dell'appalto [a rilasciare] a richiesta del contraente, una fideiussione o polizza relativa alla cauzione definitiva, di cui all'articolo 75, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, in favore della Stazione Appaltante, valida fino a dodici mesi dalla data di ultimazione della fornitura ed allestimento risultante dal relativo certificato, così come previsto dall'articolo 13, comma e, lettera c) del bando di gara."

In particolare, la Società istante ha sostenuto di aver prodotto la polizza fideiussoria nella quale la Compagnia Assicuratrice Assedile ha precisato che "qualora il contraente risultasse aggiudicatario dell'appalto, la presente polizza deve intendersi automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del contratto d'appalto. In tale ipotesi, il garante si impegna sin da ora nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'articolo 113 del Decreto Legislativo."

Al riguardo, la Società ha rappresentato che la Commissione di gara, nell'adottare il provvedimento di esclusione, non ha considerato che la Compagnia assicuratrice, ha predisposto la polizza, richiamando espressamente il D.M. 12 marzo 2004 n. 123, contenente lo schema di polizza tipo per le garanzie fideiussorie e le coperture assicurative di legge, oggetto di contestazione. Nella polizza prodotta, infatti, è riportato che "i richiami contenuti nello schema tipo 1.1. di cui al D.M. n. 123 del 12 marzo 2004 devono intendersi fatti con riferimento ai corrispondenti articoli del D.Lgs. n. 163/2006 che hanno sostituito l'abrogata legge n. 109/1994."

In ordine a quanto rappresentato, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale il Comune di Rodi Milici ha dichiarato di aver previsto nel bando di gara all'articolo 13, punto e), lettera c) l'obbligo di produrre una "dichiarazione di un istituto bancario, oppure di una compagnia di assicurazione, oppure di un intermediario finanziario iscritto nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del D.Lgs. 1° settembre 1993 n. 385, contenente l'impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione o polizza relativa alla cauzione definitiva, di cui all'articolo 75, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, in favore della Stazione Appaltante, valida fino a dodici mesi dalla data di ultimazione della fornitura ed allestimento risultante dal relativo certificato."

Avendo accertato, nel corso delle operazioni di gara, che la società Fratelli Schiavone non ha corredato la cauzione provvisoria dell'impegno indicato all'articolo 13, punto e), lettera c), il Comune di Rodi Milici ha provveduto ad escluderla dalla procedura, aggiungendo, altresì, che seppure la società fosse stata ammessa alle successive fasi della gara, non avrebbe potuto aggiudicarsi il contratto, a prescindere dal ribasso offerto, in quanto a seguito di un procedimento di verifica avviato dalla Stazione Appaltante medesima, è stata riscontrata l'insussistenza del requisito di regolarità contributiva.

### **Ritenuto in diritto**

La problematica sottoposta a questa Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati, attiene alla conformità alle prescrizioni della lex specialis di una cauzione provvisoria prodotta in sede di gara.

L'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006, in relazione alla cauzione provvisoria, che ha la funzione di coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, stabilisce al comma 1, che l'offerta sia corredata da una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o

nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione a scelta dell'offerente.

Il successivo comma 5 del medesimo articolo prevede che la garanzia debba avere una validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta, salvo diversa disposizione indicata nel bando o nella lettera d'invito.

Inoltre, al comma 8 dello stesso articolo 75 è sancito che l'offerta sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

Tale ultima previsione è espressione di uno specifico interesse pubblico al corretto svolgimento della gara ed all'assicurazione dei migliori risultati possibili in termini di efficienza dell'azione amministrativa, al fine di scongiurare il rischio che, nel prosieguo della procedura, il soggetto che ha rilasciato la fideiussione provvisoria ad un'impresa offerente, nell'ipotesi in cui essa risulti affidataria dell'appalto, possa rifiutarsi di prestare anche la cauzione definitiva, con la conseguente interruzione della procedura.

E' per tali ragioni che il consolidato orientamento assunto sia dalla giurisprudenza amministrativa sia dall'Autorità consente di escludere un'offerta non corredata dell'impegno di cui all'articolo 75, comma 8 (in tal senso, TAR Lazio, Roma, sez. III, sentenza n. 106 del 12 gennaio 2009 e sentenza n. 6366 del 2 luglio 2008; AVCP, parere n. 186 del 12 giugno 2008).

Al riguardo è stato anche precisato che la cauzione provvisoria e la cauzione definitiva assolvono a due funzioni diverse e comunque indispensabili a garantire il corretto svolgersi della procedura concorsuale e che, pertanto, la fase dell'impegno a promettere la prestazione della cauzione definitiva, che deve essere contestuale alla prestazione della cauzione provvisoria (al momento della presentazione dell'offerta), va distinta dall'effettivo impegno alla cauzione definitiva che, anche nell'importo, deve essere definita solo dopo l'aggiudicazione ed è esclusivamente finalizzata a garantire il pubblico interesse che tale definitivo impegno sia poi effettivamente sottoscritto.

Nel caso di specie, il bando di gara, in conformità all'articolo 75, prevedeva (articolo 13, punto e) lettera c)) l'obbligo di corredare l'offerta dell'impegno del fideiussore a "rilasciare in caso di aggiudicazione dell'appalto, una fideiussione o polizza relativa alla cauzione definitiva, di cui all'articolo 75, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006, in favore della Stazione Appaltante valida fino a dodici mesi dalla data di ultimazione della fornitura ed allestimento risultante dal relativo certificato (articolo 101 del D.P.R. n. 554/1999)." Disponendo altresì: "I contratti fideiussori ed assicurativi debbono essere conformi agli schemi di polizza tipo di cui al comma 1 del D.M. 12 marzo 2004 n. 123. [...] Non saranno accettate le fideiussioni bancarie o le polizze assicurative che non contemplino le condizioni suddette."

Dall'analisi della documentazione pervenuta si evince che la polizza fideiussoria presentata dalla concorrente società Fratelli Schiavone S.p.A. contiene un'apposita appendice in cui viene precisato: "La presente polizza viene presentata in conformità a quanto previsto dall'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006. I richiami contenuti nello schema tipo 1.1. di cui al D.M. 123 del 12.03.2004 devono intendersi fatti con riferimento ai corrispondenti articoli del D.Lgs. n. 163/2006 che hanno sostituito e abrogato la legge n. 109/1994. Qualora il contraente risultasse aggiudicatario dell'appalto, la presente polizza deve intendersi automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del contratto di appalto. In tale ipotesi il garante si impegna sin da ora nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'articolo 113 del Decreto Legislativo. [...]"

Dunque, l'appendice alla polizza prodotta, in ossequio a quanto precisato dall'Autorità nel parere n. 106 del 9 aprile 2008, non si limita esclusivamente a rinviare allo schema tipo 1.1 del D.M. 12 marzo 2004 (relativo alla garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria), che peraltro non contiene alcun riferimento all'impegno del fideiussore a rilasciare una polizza fideiussoria relativa alla cauzione definitiva, ma contiene specificamente il menzionato impegno da parte del fideiussore ai sensi dell'articolo 75, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006; tuttavia, la precisazione operata dalla Compagnia Assicurativa è sprovvista della necessaria indicazione della durata di validità della cauzione medesima, ovvero, come richiesto dal bando "valida fino a dodici mesi dalla data di ultimazione della fornitura ed allestimento risultante dal relativo certificato".

Né può colmare tale lacuna il rinvio contenuto nella polizza allo schema tipo 1.1 del D.M. 12 marzo 2004, dal momento che il medesimo non include alcun riferimento alla durata della cauzione definitiva, contenuto invece nello schema tipo 1.2 del D.M. n. 123/2004.

Ne consegue che, considerata la specifica ratio sottesa all'impegno di cui all'articolo 75, comma 8, nonché il particolare interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione nel richiedere una determinata durata di validità della cauzione definitiva, la Stazione Appaltante non avrebbe potuto ammettere alle successive fasi della procedura un'offerta priva delle condizioni richieste dal bando di gara, a pena di esclusione.

Diversamente opinando, la Stazione Appaltante sarebbe, peraltro, incorsa nella violazione sia del

principio di par condicio, a danno di quei concorrenti che, invece, avevano provveduto a corredare l'offerta di tutte le condizioni prescritte dal bando, sia del principio dell'autovincolo, trattandosi di una prescrizione specificamente indicata nel bando di gara, come condizione di ammissibilità dell'offerta.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione della Società Fratelli Schiavone S.p.A. adottato dal Comune di Rodi Milici è conforme alla normativa in materia di contratti pubblici.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 21 luglio 2009