

Parere n. 26 del 13/03/2013

PREC 272/12/S

OGGETTO: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla Società Cooperativa ARTCO Servizi - Affidamento del servizio di pulizia e sanificazione della zona obitoriale cimiteriale e della casa del custode per gli anni 2013-2015 – Importo a base di gara € 92.855,00– S.A.: Comune di Udine –

Art. 75 co. 8 D.Lgs. 163/2006: omessa presentazione dell'impegno di un fideiussore. Esclusione. Legittimità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 16 novembre 2012 è pervenuta l'istanza indicata in epigrafe, con la quale la Società Cooperativa ARTCO Servizi, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, ha chiesto un parere in merito alla legittimità della sua esclusione dalla procedura di gara in oggetto, motivata in relazione all'assenza "*nella documentazione presente all'interno del plico di gara, dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, stabilito a pena di esclusione dall'art. 75 co. 8 del D.Lgs. 163/2006 e dall'Allegato 4 al capitolato speciale d'appalto – disciplinare di gara*".

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata dall'Autorità sono pervenute memorie da parte della stazione appaltante e dell'aggiudicataria Cooperativa Sociale Lavoratori Uniti Franco Basaglia, con le quali è stata ribadita la legittimità del provvedimento *de quo*, stante la previsione dell'art. 75 D.Lgs. 163/2006 e le disposizioni della *lex specialis*.

Ritenuto in diritto

La questione controversa attiene alla legittimità dell'esclusione, disposta a danno dell'istante, per non aver presentato l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 75, comma 8, D.Lgs. 163/2006.

Valore dirimente assume al riguardo l'esame della disposizione su citata e della *lex specialis*. Si osserva, infatti, che il Codice dei contratti pubblici ha disegnato 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.

In particolare, per quanto qui rileva, l'art. 75 D.Lgs. 163/2006 dispone che l'offerta è corredata da: a) una garanzia che può essere rilasciata sotto forma o di cauzione o di fideiussione a scelta dell'offerente (comma 1); b) a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 D.Lgs. 163/2006, qualora l'offerente risulti aggiudicatario (comma 8). In attuazione della disposizione in esame il disciplinare di gara ha previsto tra i

documenti da inserire nel plico di gara, a pena di esclusione, oltre alla garanzia provvisoria (lett.b, pag.1), anche la dichiarazione di un fideiussore (lett.c, pag 1). La *lex specialis* ha inoltre precisato che: a) la garanzia provvisoria poteva essere prestata mediante cauzione o fideiussione (pag. 7 del disciplinare di gara); b) la dichiarazione di cui sopra doveva contenere l'impegno di un fideiussore a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell'appalto, a richiesta del concorrente, garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto in favore della stazione appaltante (pag. 9 del disciplinare di gara); c) tale impegno poteva essere direttamente ricompreso nell'ambito della garanzia provvisoria rilasciata con fideiussione bancaria, assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari (pag. 9 del disciplinare di gara). A ciò si aggiunga che l'art. 22 del capitolato speciale d'appalto ribadiva quanto segue: *“l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva qualora l'offerente risultasse affidatario”*.

Il tenore letterale delle disposizioni su richiamate era chiaro e, diversamente da quanto sostenuto dall'istante, le espressioni utilizzate non potevano considerarsi ambigue o forvianti circa la necessità di presentare, a pena di esclusione, oltre alla garanzia provvisoria anche l'impegno di un fideiussore a rilasciare successivamente, in caso di aggiudicazione, garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto.

In merito alle cause di esclusione previste dalle stazioni appaltanti, è necessario, inoltre, considerare che l'Autorità, in sede di prima attuazione del combinato disposto degli articoli 46, comma 1^o bis e 64, comma 4^o bis, secondo cui le cause tassative di esclusione dalle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità, ha predisposto il c.d. “bando tipo”, che costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto alla individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando (cfr. determinazione n.4 del 10 ottobre 2012). In tale fondamentale documento l'Autorità, dopo aver analizzato la disciplina dell'art. 75 D.Lgs. 163/2006, ha ribadito che costituisce causa di esclusione non solo la mancata presentazione della cauzione provvisoria, ma anche la mancata presentazione dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 D.Lgs. 163/2006, qualora l'offerente risultasse affidatario.

Conseguentemente, si ritiene che la Società Cooperativa ARTCO Servizi sia stata legittimamente esclusa dalla gara.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della società cooperativa ARTCO Servizi sia conforme alla previsione dell'art. 75, comma 8, D.Lgs. 163/2006 ed alla *lex specialis*.

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente : Sergio Santoro