

Parere dell'AVCP (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) n. 198 del 03/11/2010

PREC 196/10/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 Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali – Procedura aperta per la selezione del soggetto a cui affidare il servizio concernente: campagne di sensibilizzazione rivolte a scuole italiane ed europee sull'importanza di una consapevole alimentazione riferite agli anni scolastici 2010/2011, 2011/2012 e 2012/2013 – Importo a base d'asta €4.500.000,00 – S.A.: Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 18 agosto 2010 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in epigrafe, con la quale la stazione appaltante ha richiesto l'avviso di questa Autorità circa la legittimità dell'esclusione dalla gara in oggetto del RTI Union Contact srl (mandataria) e Selecto srl a socio unico (mandante). L'istante ha esposto che in data 4 agosto 2010, durante l'esame della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, la Commissione giudicatrice ha ritenuto che il citato RTI non dovesse essere ammesso alla gara, stante la non conformità della garanzia fideiussoria dallo stesso presentata rispetto a quella richiesta dalla *lex specialis* a pena di esclusione. Il Ministero ha rappresentato al riguardo che in virtù dell'art. 15 del bando la garanzia da presentare a corredo dell'offerta deve essere pari al 2% dell'importo complessivo messo a bando per singola annualità al netto dell'IVA, ossia a 30.000,00 € tale importo è ridotto del cinquanta per cento (ed è pari quindi a 15.000,00 €) per gli operatori economici, che in sede di offerta documentino il possesso della certificazione di qualità. Il RTI Union Contact srl - Selecto srl a socio unico, in possesso della richiesta certificazione ISO, ha presentato fideiussione per un importo pari a 1.500,00 € inferiore alla somma richiesta dalla *lex specialis*.

Con nota 4376 del 6 agosto 2010 il RTI ha presentato istanza di revoca e/o annullamento dell'eventuale esclusione, sostenendo che la polizza in questione reca la cifra 1.500,00 € anziché 15.000,00 € per mero errore materiale, suscettibile di correzione. A sostegno della proprie argomentazioni il RTI, da un lato, ha citato l'orientamento di questa Autorità (delibere nn. 54/2009 e 99/2007) e del Consiglio di Stato (sentenza n.5056/2004) e, dall'altro, ha presentato dichiarazione rilasciata dal fideiussore, il quale conferma che la polizza è affetta da errore materiale nella parte relativa all'importo della garanzia e chiarisce che nel rilasciare tale polizza intendeva costituirsi fideiussore fino alla somma di euro 15.000,000 €

A riscontro della richiesta di informazioni avanzata dall'Autorità nell'istruttoria procedimentale, il RTI su citato ha presentato memoria difensiva, chiedendo che sia riconosciuta l'illegittimità dell'esclusione censurata nonché che venga disposta la sua ammissione alla gara, stante il sopra richiamato indirizzo di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa in materia di errore materiale.

Con la memoria si fa presente che nella seduta pubblica del 4 agosto 2010, quando la Commissione di gara ha riscontrato la difformità della polizza oggi all'esame, il rappresentante del RTI ha osservato che simile divergenza era dovuta esclusivamente ad un errore materiale, facilmente evincibile dalla lettura dell'art. 1 della polizza. Non avendo la Commissione accettato le giustificazioni addotte dal rappresentante del RTI, ha proceduto al sorteggio ex art. 48 D.Lgs. 163/2006 senza considerare il RTI. Conseguentemente quest'ultimo con nota del 6 agosto 2010 ha fatto presente che in data 4 agosto 2010 la compagnia di assicurazione, in qualità di fideiussore, ha

ricosciuto l'esistenza dell'errore materiale, ha dichiarato che intendeva costituirsi fideiussore per la somma di 15.000,00 € ed ha, quindi, emesso le appendici n. 1 e n. 2 alla citata polizza, precisando il massimale della stessa. Il RTI ha inoltre chiesto alla stazione appaltante di agire in autotutela, e a tal fine, ha allegato alla nota di cui sopra sia le predette appendici sia la dichiarazione resa dal fideiussore sia i documenti comprovanti il possesso dei requisiti dichiarati.

Ritenuto in diritto

La questione controversa sottoposta con l'istanza di parere in oggetto attiene alla corretta interpretazione della polizza fideiussoria presentata a corredo dell'offerta, al fine di verificarne la conformità a quanto richiesto dalla *lex specialis*.

Nel caso in esame dalla lettura della polizza si riscontra un palese contrasto tra l'importo della garanzia, indicato nella prima pagina e ripetuto nelle premesse pari a 1.500,00 € e quello che risulta dall'art. 1 della polizza, in virtù del quale, *“la somma garantita dalla presente fideiussione è pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, così come previsto dall'art. 75 comma 1 del D.L. 163/2006. Qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 75 comma 7 del D.L. 163/2006, la somma garantita indicata al primo comma è ridotta del 50%”*, in quanto l'art. 5 del bando di gara fissa espressamente in 1.500.000,00 € per ogni annualità l'importo posto a base di gara al netto di IVA, conseguentemente in virtù del citato art. 1 la somma garantita risulta pari a 15.000,00 €. Questa Autorità ha già riconosciuto che in presenza di un dubbio interpretativo circa l'effettivo contenuto di una polizza, scaturito dalla contraddittorietà delle clausole contenute nel corpo di un unico documento, *“soccorre nella valutazione del corretto operato della stazione appaltante l'orientamento seguito dal Giudice Amministrativo (Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2004, n. 2725) che, in una fattispecie analoga, ha affermato il principio secondo cui le clausole contenute in una polizza fideiussoria, conformemente ai principi generali in materia di interpretazione del negozio giuridico, vanno considerate nel loro complesso, indagando sulla reale intenzione dei contraenti e valutando il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto, ai sensi degli articoli 1362 e 1363 del Codice civile”* (AVCP parere n. 138 del 22 luglio 2007).

La corretta applicazione delle norme appena menzionate impone, da un lato, di non limitarsi al senso letterale delle parole (art. 1362 c.c.) e, dall'altro, di interpretare le clausole le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto (art. 1363 c.c.). Nel caso in esame dal testo della polizza risulta: a) che il contraente è il costituendo RTI Union Contact srl - Selecto srl; b) che il beneficiario è il Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali; c) che la causale è la seguente *“gara per la realizzazione di campagne di sensibilizzazione rivolte a scuole italiane ed europee sull'imposta di una consapevole alimentazione riferite agli anni scolastici 2010/2011, 2011/2012, 2021/2013”*; d) che il su citato RTI *“intende partecipare alla gara d'appalto prevista in data..., indetta da Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali, con sede in via Venti Settembre n. 20 00187 Roma (RM) (di seguito denominato beneficiario) relativa VEDI CAUSALE DI POLIZZA”*; e) che la COFACE ASSICURAZIONI S.p.A *“con la presente polizza si costituisce fideiussore solidale con il Contraente a favore del beneficiario fino alla concorrenza del massimale garantito, per le somme che potranno essere dovute dal Contraente stesso per il mancato adempimento degli oneri inerenti alla partecipazione alla gara sopraindicata”*.

La volontà delle parti negoziali che emerge dalla lettura in combinato disposto di tutte le suddette clausole è quella di garantire il beneficiario, ossia l'odierno istante, per le somme che potrebbero essere dovute dal contraente, ossia l'odierno RTI, in relazione agli inadempimenti connessi alla partecipazione alla specifica gara indicata nel contratto, fino al massimale garantito. Quest'ultimo, stante l'espresso richiamo al prezzo base indicato nel bando, contenuto nell'art. 1, e il puntuale riferimento alla gara *de qua*, contenuto nella causale, deve essere calcolato nella misura di 15.000,00 €

Ne consegue, da un lato, che la compagnia di assicurazione ha compiuto un errore materiale nell'indicare il massimale garantito in 1.500,00 € anziché in 15.000,00 € e, dall'altro, che la commissione di gara ha errato nel proprio operato, in quanto nel verificare la conformità della

fideiussione alle prescrizioni della *lex specialis* si è fermata al senso letterale delle espressioni ivi presenti relative al massimale, senza indagare quale sia stata la reale volontà delle parti negoziali risultante dal testo complessivo della polizza.

Di contro la corretta applicazione dei principi civilistici in tema di interpretazione del contratto avrebbe palesato la conformità della polizza alla *lex specialis*, determinando l'ammissione del RTI alla gara.

Sotto altro profilo si osserva che la stazione appaltante, in presenza di un dubbio circa il significato da attribuire alle clausole negoziali della polizza già acquisita agli atti di gara, avrebbe potuto avvalersi della facoltà ex art. 46 del Codice dei contratti pubblici e chiedere al concorrente chiarimenti in ordine al vincolo negoziale assunto, sussistendo nello specifico caso in esame tutti i presupposti per agire in tal senso. Va al riguardo ricordato che nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, a tutela della par condicio dei concorrenti, è preclusa alla Commissione giudicatrice la possibilità di consentire l'integrazione successiva di documenti non allegati all'offerta, la cui presentazione è fissata dalla *lex specialis* a pena di esclusione, essendo tale facoltà consentita solo con riguardo a documenti presentati tempestivamente e che attengono a requisiti di partecipazione e non all'offerta (cfr. AVCP parere n. 54 del 23 aprile 2009).

Nel caso in esame si sarebbe trattato, non già di acquisire un documento non presente nell'offerta del RTI, bensì di avere un chiarimento circa la portata del vincolo negoziale assunto dal concorrente con il garante e documentato dalla polizza presentata in sede di gara. Tale chiarimento, riferendosi al contenuto di un documento già acquisito dalla stazione appaltante, da un lato, non avrebbe compromesso la *par condicio* dei concorrenti e, dall'altro, potendo determinare l'ammissione del RTI alla gara, avrebbe garantito una maggiore concorrenza e, quindi, la possibilità di scegliere la migliore offerta tra un maggior numero di proposte.

A ciò si aggiunga che la compagnia di assicurazione, dopo aver riconosciuto l'errore materiale in cui è incorsa, ha precisato con nota del 4 agosto 2010 (trasmessa alla stazione appaltante in data 6 agosto 2010) che, ferme restando tutte le altre condizioni contrattuali, intendeva costituirsi fideiussore fino alla somma di 15.000,00 €. Tale dichiarazione, non aggiungendo alcunché all'assetto negoziale posto in essere dalle parti, non ha leso il su richiamato principio della *par condicio*, in quanto il Consiglio di Stato ha riconosciuto che *“la precisazione della compagnia di assicuratrice che la somma quantificata nella polizza era di € 19.987, 50 – sia pure doverosa – appare sostanzialmente inutile perché priva di valore negoziale, nulla aggiungendo all’obbligo del fideiussore di garantire l’importo percentuale del costo complessivo dell’opera pari a quello richiesto dal disciplinare di gara, alle cui prescrizioni andava riportata la cifra sottoscritta sul documento probatorio del contratto di fideiussione”* (Consiglio di Stato, sez. V, n. 7443 del 14 dicembre 2006).

In base a quanto sopra considerato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dalla gara del RTI Union Contact srl (mandataria) e Selecto srl a socio unico (mandante) sia in contrasto con le disposizioni degli artt. 1362 e 1363 c.c. e con la specifica normativa di settore.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 12 novembre 2010

Il Segretario: Maria Esposito

Il documento è consultabile online al seguente indirizzo:

http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4447