

Prot. n. 57

Spett.le
AUTORITA' DI VIGILANZA SUI CC.PP.
DIREZIONE AA.GG. E CONTENZIOSO
Ufficio del precontenzioso
c.a. **Dott.ssa Antonia Magnotti**

p.c. Spett.le
Università degli Studi di Messina
Ing. Francesco Oteri (R.U.P.)

Catania, 18 giugno 2014

Oggetto: **PREC 135/14/L** – Istanza di parere per la procedura indetta dall'Università degli Studi di Messina avente ad oggetto "realizzazione immobile da adibire a casa dello studente nell'ambito del Policlinico Universitario".

MEMORIA DI REPLICA

Con riferimento all'istanza in oggetto e alla nota dell'Università degli Studi di Messina ricevuta ieri (prot. 40633), si rileva quanto segue.

In primis, si eccepisce la **tardività** della suddetta nota dell'ente appaltante, la quale sarebbe dovuta pervenire entro il termine perentorio di giorni dieci decorrenti dalla ricezione della comunicazione di codesta Autorità (prot. n. 0064184 del 4 giugno u.s.), ovvero entro il 14 giugno u.s., come espressamente previsto nella comunicazione. Pertanto, la nota dell'ente appare irricevibile.

Qualora codesta Autorità dovesse prenderla in considerazione, corre l'obbligo di replicare alla stessa il cui contenuto è privo di fondamento e pregio giuridico per i seguenti motivi.

- Pur essendo genericamente corretti i richiami contenuti nel disciplinare di gara in merito alla garanzia definitiva, **il capitolato speciale d'appalto della procedura in oggetto (che contiene clausole assolutamente diverse rispetto al disciplinare) è parte integrante dello stesso**, soprattutto per la disciplina della fase di esecuzione del contratto cui la garanzia definitiva si riferisce. Invero, il C.S.A. assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito all'espletamento della gara e non tanto di regolamentare direttamente la procedura selettiva nella quale, invece, domina il bando e disciplinare di gara. Prova è data dalla consueta prassi delle compagnie assicuratrici e istituti bancari di richiedere il capitolato speciale d'appalto, ai fini della conoscenza delle prescrizioni riguardanti la cauzione definitiva (il cui impegno al rilascio deve essere prodotto a corredo dell'offerta del partecipante alla gara, art. 75 c. 8 D.lgs. n. 163/06).

Nel merito della contestata clausola 9.2. del C.S.A., si ribadisce quanto sostenuto nella ns. istanza di parere, laddove si eccepisce che **la cauzione definitiva come**

prescritta nel capitolato con riferimento ai terzi garantiti e al non previsto svincolo progressivo (rispetto ai S.A.L.) e finale (dopo il collaudo finale), estende eccessivamente la funzione della garanzia stessa oltrepassando gli obblighi contrattuali ai quali è connessa; funzione perfettamente delineata e circoscritta dall'art. 113 D.lgs. n. 163/'06 e art. 123 DPR n. 207/'10.

- La sostenuta prassi, a parere dell'ente appaltante, della facoltà di cui all'art. 15.1 C.S.A. indicata dai più diffusi capitolati a stampa, continua ad apparire tautologica e, conseguentemente, incomprensibile;
- Il richiamo a norme abrogate se non esplicitamente indicato "con le successive modifiche ed integrazioni" (c.d. richiamo dinamico) **non può intendersi implicitamente prescritto**. Pertanto, si ribadisce che il contenuto del c.s.a. è fuorviante;
- Con la ns. prima nota del 16 aprile u.s. (prot. n. 36, citata ed allegata all'istanza di parere), abbiamo preventivamente rappresentato all'ente le anomalie contenute nel C.S.A. chiedendo - onde evitare eventuale contenzioso - di chiarire e rettificare le stesse. Altrettanto ha richiesto l'ente appaltante Università di Messina all'I.A.C.P. di Messina (lett. prot. n. 26415 del 18 aprile u.s., allegata all'istanza di parere) quale ente con il quale ha stipulato un accordo di collaborazione per la progettazione, la validazione e la redazione della documentazione di gara ("*...si invita a far pervenire le relative controdeduzioni e, in particolare il C.S.A. opportunamente rettificato ed emendato...al fine di disporre e pubblicare le necessarie rettifiche*"). Per tutta risposta, invece, l'I.A.C.P. ha ritenuto di rispondere all'Università di Messina e quest'ultima alla scrivente Associazione con lettere indicate, prodotte e replicate nell'istanza di parere.

Innegabilmente, se l'ente appaltante o chi per esso avesse accolto il ns. invito a chiarire e rettificare le clausole del C.S.A., eliminando le chiare discrasie tra la legislazione vigente e le denunciate clausole del C.S.A. onde consentire la massima partecipazione alla gara, **non ci saremmo visti costretti a presentare istanza di parere a codesta Autorità.**

In attesa di conoscere il vs. autorevole Parere, l'occasione è gradita per porgere distinti saluti.

Il Presidente

Nicola Colombrita

