

Parere n.95 del 19/05/2011

PREC 298/10/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 Comune di Peschiera Borromeo - (servizio di prevenzione e protezione e attività correlate ai sensi del D.Lgs. n. 81/2008) – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base d'asta: €12.000,00 - S.A.: Comune di Peschiera Borromeo

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 26 novembre 2010 è pervenuta l'istanza in epigrafe con cui il Comune di Peschiera Borromeo, in qualità di stazione appaltante della procedura aperta per l'affidamento dei servizi in oggetto, ha chiesto un parere circa il comportamento da adottare a seguito dell'istanza, pervenuta da parte della settima classificata, di esclusione delle prime sei classificate per mancata presentazione della cauzione provvisoria ex art.75 D.Lgs. 163 del 2006, peraltro non richiesta dal bando. Più specificamente, la stazione appaltante ha rappresentato l'esigenza di conoscere se la disposizione contenuta all'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 abbia o meno carattere cogente, al fine di individuare la strada da percorrere (aggiudicazione alla prima, alla settima, ovvero annullamento in autotutela degli atti e rifacimento della gara).

In riscontro all'istruttoria procedimentale avviata formalmente da questa Autorità in data 29.12.2010, l'impresa settima classificata ha ribadito la contestazione mossa in sede di gara, ritenendo, tra l'altro, del tutto illegittimo l'eventuale provvedimento di annullamento in autotutela ipotizzato dalla stazione appaltante.

Ritenuto in diritto

La questione all'esame concerne la mancata presentazione, da parte dei primi sei classificati alla procedura per l'affidamento dei lavori in oggetto, della cauzione provvisoria prevista all'art. 75 del D.Lgs. 163/2006, e, nel caso di specie, non richiesta dal bando di gara.

In generale, in virtù della riconosciuta funzione, propria della cauzione provvisoria, di garantire la liquidazione preventiva del danno in caso di mancata stipulazione del contratto (art. 75 comma 6), la giurisprudenza classifica la disposizione normativa in commento come norma cogente avente portata etero-integrativa, e, come tale, applicabile agli appalti a prescindere dall'esplicito richiamo contenuto nella legge di gara (cfr. ad es. in tal senso: T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 10 marzo

2010 , n. 2646, Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 28 luglio 2009 , n. 737; Roma, sez. III, 12 gennaio 2009 , n. 106).

Nel caso di specie la forza cogente della disposizione in argomento, si ricollega, in particolare, alla duplice funzione del sistema di garanzie approntato in favore della stazione appaltante: da una parte, infatti, la cauzione provvisoria risponde all'esigenza di garantire la serietà della partecipazione alla gara e l'adempimento dell'impegno a contrarre in caso di aggiudicazione (in tal senso C.d.S., V Sez., 18 maggio 1998, n. 124; C.d.S. IV Sez. 28 aprile 2006, n. 2399); dall'altra, la dichiarazione del soggetto che rilascia polizza fideiussoria definitiva (destinata a garantire l'amministrazione per l'adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore nel caso in cui il concorrente si aggiudichi il contratto) serve a dare all'amministrazione un ragionevole affidamento sul fatto che tutta l'attività amministrativa di scelta del contraente non sia spesa inutilmente e conduca alla stipulazione dell'appalto (cfr. Consiglio di Stato, V, 9 settembre 2005, n. 4642).

A propria volta, la cauzione provvisoria si fonda su di una duplice finalità: garantire la stazione appaltante dalla mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata.

Pertanto, la cogenza della normativa sulla cauzione ne impone il rispetto.

Con riferimento all'altra questione posta al termine della istanza di parere in argomento e riguardante il provvedimento più opportuno da adottare in ordine alla gara in oggetto, vale precisare, come noto, che numerosi sono i fattori e principi da tener presente, quali, ad esempio, lo stato della procedura (cioè della fase in cui la stessa si trova) e il principio di conservazione degli atti.

Più in generale, come parimenti noto, ogni intervento qualificabile *latu sensu* in termini di autotutela fuoriesce dagli ambiti di esame di questa Autorità, rientrando nel campo della piena discrezionalità dell'amministrazione appaltante.

In proposito, va ribadito (e in questo senso è il parere dell'Autorità n.19 del 12/2/2009) che la valutazione in ordine al possibile annullamento in autotutela di una procedura di gara rientra nella esclusiva potestà discrezionale della stazione appaltante, che è chiamata a decidere, secondo gli ordinari canoni della autotutela, laddove sussistano ragioni di opportunità e di interesse pubblico attuale e concreto. La potestà di agire in autotutela per revocare o annullare la documentazione di gara, infatti, come è noto, risiede nel principio costituzionale di buon andamento che impegnando l'amministrazione ad adottare atti per la migliore realizzazione del fine pubblico perseguito, si traduce nell'esigenza che l'azione amministrativa si adegui all'interesse pubblico allorquando questo muti o vi sia una sua diversa valutazione. L'amministrazione, qualora decidesse di adottare un provvedimento in autotutela, lo dovrà fare fondando il proprio giudizio, non sulla mera esigenza di ripristino della legalità, ma dando conto, nella motivazione, della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la disciplina in tema di cauzione provvisoria sia cogente; in ordine all'individuazione di quale sia il provvedimento più opportuno da adottare, la determinazione rientra nella discrezionalità della stazione appaltante in base allo stato della gara e

al contemperamento di tutti gli interessi pubblici coinvolti, a partire da quello alla conservazione degli atti e tenendo conto dei tradizionali limiti dell'autotutela.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 giugno 2011

Il Segretario: Maria Esposito