

Parere n.110 del 19/06/2013

PREC 269/12/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dal Comune di Milo -“Lavori di realizzazione di una superficie H24 per il servizio di elisoccorso ai fini di protezione civile”. Importo a base d'asta €283.908,62 – S.A.: Comune di Milo.

Cauzione provvisoria. Art. 75 D.Lgs. 163/2006. Presentazione in misura ridotta. Esclusione dalla gara. Errore formale. Riammissione in autotutela. Legittimità.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 3 dicembre 2012 è pervenuta l'istanza di parere in epigrafe con la quale il Comune di Milo ha chiesto un parere in merito alla legittimità dell'esclusione e successiva riammissione in autotutela di otto imprese che avevano presentato polizze fideiussorie provvisorie di importo inferiore a quanto previsto nel bando di gara. Infatti, la stazione appaltante, ritenuto - sulla base di argomentazioni tratte dalla decisione del Consiglio di Stato n. 493 del 1 febbraio 2012 e di considerazioni espresse dalla concorrente società Me.Gi.N.- che l'esclusione fosse illegittima, richiedeva alle otto imprese escluse di integrare le polizze fideiussorie e comunicava che avrebbe riaperto la gara con la riammissione di quelle stesse che, nel tempo assegnato, avessero regolarizzato gli importi delle cauzioni. L'impresa Patriarca Geom. Salvatore, aggiudicataria provvisoria, presentava a sua volta una nota tendente a confermare l'operato della commissione relativamente all'esclusione delle otto imprese, in forza della sentenza del CGA n. 714 del 7 settembre 2012.

In seguito all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 10 dicembre 2012, perveniva una memoria della società Me.Gi.N. nonché dell'impresa Patriarca Geom. Salvatore, aggiudicataria provvisoria.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della riammissione in autotutela di otto imprese che avevano presentato polizze fideiussorie provvisorie di importo inferiore a quanto previsto nel bando di gara e, per tale ragione, erano state escluse.

Nel caso di specie, il dato normativo di riferimento va rinvenuto nell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 che, per quanto qui di interesse, individua la misura della cauzione provvisoria, pari al 2% del prezzo a base d'asta.

Al riguardo deve preliminarmente richiamarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui è illegittima la esclusione per omessa o incompleta presentazione della cauzione provvisoria. Così, secondo la citata decisione del Cons. Stato Sez. III, 01-02-2012, n. 493 “*E' illegittima l'esclusione dalla gara della concorrente che abbia presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto dal bando di gara. L'art. 46, comma 1 bis, D.Lgs. 163/2006 ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; ma i bandi e le lettere di invito non*

possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione”.

In ordine alla portata escludente della cauzione di importo ridotto rispetto a quello normativamente previsto, questa Autorità si è pronunciata con Determinazione n. 4 del 10.10.2012, chiarendo che “...l’art. 75 del Codice... presenta un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante, tale per cui deve ritenersi che la presentazione della cauzione provvisoria configuri un adempimento necessario a pena di esclusione. La garanzia provvisoria assolve, infatti, allo scopo di assicurare la serietà dell’offerta e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all’aggiudicatario. Pertanto, essa è un elemento essenziale dell’offerta e non un mero elemento di corredo della stessa. L’offerta presentata senza la garanzia ovvero con una garanzia sprovvista degli elementi di cui all’art. 75, comma 4, è, quindi, carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile. ...Fermo restando quanto precede, più complessa appare l’ipotesi di presentazione di una cauzione provvisoria di importo deficitario, giacché parte della giurisprudenza ammette, in tal caso, l’esercizio del soccorso istruttorio volto a fare integrare la garanzia. Si ritiene che la questione vada ricondotta ai principi generali che presidono l’applicazione dell’art. 46, comma 1, del Codice in tema di integrazione documentale, ammissibile solo ove non incida sulla parità di trattamento tra i concorrenti e, quindi, nel caso di specie, in ipotesi di evidente errore formale. Alla luce di quanto osservato, costituiscono cause di esclusione:...

3) *cauzione di importo errato in diminuzione, fermo restando quanto sopra circa l’errore formale;”.* Dall’esame della documentazione in atti è emerso che la cauzione provvisoria è stata prestata in misura ridotta a quella dovuta per evidenti errori materiali compiuti in buona fede. Ed infatti, per una ditta (Impresa Fiammingo), pur essendo corretto il valore dell’appalto indicato in polizza, la banca garante ha errato il calcolo della cauzione; in altri casi (Ariete Costruzioni, Nuova Edil e coc. Progetto geoambiente), l’errore di calcolo, quantificabile in poche decine di euro, consiste nell’aver considerato il valore dell’appalto al netto del costo degli oneri per la sicurezza.; le rimanenti ditte (Salvatore Casella, Carmelo Patanè e Salvatore Cavalli) hanno invece prodotto polizze di importo inferiore di circa 140 euro rispetto al dovuto perché l’agenzia garante ha utilizzato precedenti polizze, senza aggiornare il dato relativo all’importo dell’appalto (errore di copia-incolla). Si tratta di casi in cui l’errore materiale è confermato anche dalla ininfluenza di detti errori sull’importo delle commissioni corrisposte ai garanti. Conseguentemente, e in forza di quanto precisato nella determina AVCP n. 4 sopra citata, deve ritenersi che il Comune di Milo ha legittimamente riammesso alla gara le ditte precedentemente escluse.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il Comune di Milo abbia legittimamente disposto la riammissione delle otto ditte escluse per presentazione di cauzione con importo deficitario.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra , Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 9 luglio 2013

Il Segretario Maria Esposito