

Parere n.167del 23/10/2013

PREC 50/13/L

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 Mazzè (TO) – “Progettazione esecutiva e realizzazione nuovo blocco loculi presso cimitero di Mazzè” – Importo a base d’asta € 114.295,14 – S.A.: Comune di Mazzè (TO).

Artt. 75 e 46 del D.Lgs. n.163/2006 – Tardiva presentazione della integrazione della cauzione provvisoria – Conseguenze.

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 13 febbraio 2013 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale il Comune di Mazzè, con riferimento all’appalto in oggetto indicato, ha chiesto un parere in merito alla richiesta presentata dalla S.IM.CO s.r.l. di escludere nuovamente l’impresa Baltea Costruzioni (per omessa integrazione della cauzione provvisoria, nei termini stabiliti) e di annullare in autotutela la graduatoria provvisoria, rettificata in data 2.01.2013 - a seguito della riammissione in gara della stessa impresa Baltea Costruzioni s.n.c. -, con conseguente ripristino della graduatoria precedente, che vedeva come prima classificata la stessa S.IM.CO s.r.l..

A sostegno della richiesta di annullamento la S.IM.CO s.r.l. ha dedotto l’illegittimità dell’operato della Commissione di gara che, in violazione della par condicio, avrebbe agito arbitrariamente per acquisire direttamente un documento (l’integrazione della cauzione provvisoria) che il partecipante aveva l’onere di produrre, a pena di esclusione.

Ed invero, l’impresa Baltea Costruzioni s.n.c. era stata, in un primo momento, esclusa per avere prestato una cauzione provvisoria per un importo inferiore rispetto a quello richiesto e, successivamente, riammessa, rilevata la violazione dell’art.46, comma 1-bis del Codice dei contratti, alla luce della giurisprudenza in materia.

Nella seduta del 2.01.2013 il Presidente della Commissione di gara, verificato che l’impresa Baltea Costruzioni non aveva provveduto a depositare l’integrazione della cauzione provvisoria, confrontatosi con i presenti, aveva provveduto a richiedere telefonicamente all’impresa interessata la trasmissione a mezzo fax della suddetta integrazione, pervenuta poco dopo, attestante il versamento del premio in data 30.11.2012, con importo garantito pari ad € 2.362,50, come richiesto dal bando di gara.

L’impresa è stata quindi riammessa in gara, con conseguente ridefinizione della soglia di anomalia e nuova graduatoria provvisoria che ha visto l’esclusione della S.IM.CO s.r.l. - la cui offerta è risultata anomala - e l’aggiudicazione in via provvisoria della gara alla EDIL IMPIANTI s.r.l..

Il Comune ha sostenuto che la Commissione ha agito nel rispetto della normativa vigente e del principio della più ampia partecipazione alla gara e di massima concorrenza, tenendo conto previamente dell’opinione dei presenti alla seduta suindicata, e considerato che l’integrazione della cauzione provvisoria risultava essere stata effettuata in data 30.11.2012.

Le imprese S.IM.CO s.r.l. e EDIL IMPIANTI s.r.l. sono state formalmente avvisate dell’istruttoria con nota di questa Autorità in data 20 marzo 2013. La prima ha fatto pervenire le proprie osservazioni con nota acquisita al prot. 42572 del 6.05.2013; la EDIL IMPIANTI non ha riscontrato la richiesta.

La S.IM.CO s.r.l. ha dedotto che la Baltea Costruzioni s.n.c. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara in questione, per mancata produzione della cauzione provvisoria nei termini e con le modalità indicate nel Bando di gara. Ha rilevato, inoltre, delle inesattezze con riferimento al

verbale del 2.01.2013 succitato, concludendo per la violazione del principio della par condicio tra i partecipanti alla procedura di gara in questione.

Ritenuto in diritto

Il quesito sottoposto all'Autorità riguarda la procedura di gara avente ad oggetto la "Progettazione esecutiva e realizzazione nuovo blocco loculi presso cimitero di Mazzè", indetta dal Comune di Mazzè, ed in particolare, la legittimità dell'operato della Commissione di gara con riferimento alla integrazione della cauzione provvisoria, come meglio enucleato in punto di fatto.

Occorre esaminare il quadro normativo di riferimento e la *lex specialis*.

La disciplina della cauzione provvisoria è contenuta a pag.3 del Bando di gara, a pag.11 e ss. del Disciplinare di gara ed all'art.38 del Capitolato Speciale d'Appalto, che richiamano espressamente il disposto dell'art.75 D. lgs. n. 163/2006.

Tale ultima norma prevede, al comma 1, che "L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fidejussione, a scelta dell'offerente. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base", disciplinando nei commi successivi il contenuto e le modalità di prestazione.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara espressamente puntualizza che "La cauzione di importo inferiore a quanto richiesto oppure la mancanza della cauzione comporterà l'esclusione dell'offerente dalla gara".

Questa Autorità, con Determinazione n. 4 del 10.10.2012 recante "BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici", ha predisposto il documento denominato "bando- tipo", al fine di dare una prima attuazione al combinato disposto degli articoli 46, comma 1-bis e 64, comma 4-bis, secondo cui le cause tassative di esclusione dalle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità. Il "bando-tipo" costituisce, pertanto, 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, nei termini ivi specificati.

Con particolare riferimento alla presentazione della cauzione provvisoria, la citata Determinazione ha evidenziato - al punto 5 della Parte II - quanto segue: "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... Per i settori ordinari, la norma di riferimento è costituita dall'art.75 del Codice. La disposizione 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, giacchè 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 presiedono 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 causa di esclusione: (...)3.. cauzione di importo errato in diminuzione, fermo restando quanto sopra circa l'errore formale; rientra, in tale ultima ipotesi, il

caso della cauzione presentata in misura dimezzata senza il rispetto di quanto osservato sul possesso di certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000...”.

Nella medesima Determinazione, con riferimento al “potere di soccorso” di cui all’art.46 del Codice dei contratti, si è osservato che “Costituisce causa di esclusione il mancato, inesatto o tardivo adempimento alla richiesta, formulata ai sensi dell’art.46, comma 1, del Codice, di completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti o dichiarazioni presentati. L’art.46, comma 1, del Codice non assegna alle amministrazioni una mera facoltà o un potere eventuale ma codifica piuttosto un ordinario *modus procedendi*: in questo senso, esso costituisce attuazione del criterio del giusto procedimento ex art. 3 della l. 7 agosto 1990, n.241 e del principio del *favor participationis*.”

L’applicazione dell’art.46, comma 1, del Codice deve, tuttavia, avvenire nel rispetto della *par condicio competitorum*. In particolare, la cd. regolarizzazione non può in alcun caso essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell’offerta e non deve essere consentita nell’ipotesi di documentazione del tutto assente; diversamente si realizzerebbe un’alterazione degli elementi essenziali dell’offerta, che devono essere sempre presenti ab origine, ed una lesione del carattere perentorio del termine per la presentazione dell’offerta stessa. In altre parole, alla stazione appaltante è precluso sopperire, mediante il rimedio della regolarizzazione documentale, alla totale mancanza di un documento (Cons. St., sez. IV, 4 luglio 2012 n. 3925; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4518”).

L’argine che la giurisprudenza amministrativa pone all’operatività dell’istituto di cui all’art.46 è rappresentato dall’ “inderogabile necessità del rispetto della *par condicio*” (cfr. Consiglio di Stato, sez.V, 27.03.2009, n.1840).

Alla luce dei principi esposti il “potere di soccorso” può legittimamente essere esercitato solo nel caso di “incompletezza interna” o “ambiguità” di documenti, certificati o dichiarazioni prodotti nei termini dai concorrenti.

D’altra parte, la giurisprudenza ha insistito, in più occasioni, sulla necessità di un “principio di prova”, affermando che l’istituto di cui all’art.46 potrebbe operare solo qualora, da un attento esame del complesso della documentazione ritualmente allegata in sede di gara dal concorrente, emerga almeno un principio di prova circa il fatto che il requisito di partecipazione da documentare o da dichiarare ai sensi della *lex specialis* sia comunque posseduto dall’impresa a fronte dell’irregolarità o dell’incompletezza di un singolo documento o di una singola dichiarazione (cfr. Consiglio di Stato, sez.VI, 15.03.2004, n.1331; sez. IV, 11.04.2007, n.1653; TAR Lazio, sez.I, 19.11.2004, n.13555).

Tanto considerato, nel caso di specie la Stazione appaltante, dopo avere escluso la società Baltea Costruzioni, per avere prodotto una cauzione provvisoria di importo inferiore rispetto a quanto previsto all’art.38 del Capitolato Speciale d’Appalto, l’ha successivamente riammessa in gara, ritenendo l’illegittimità dell’esclusione per violazione dell’art. 46 co.1 bis del Codice dei contratti, come interpretato da parte della giurisprudenza in materia (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 493 del 1.02.2012; TAR Veneto, sez.I, sentenza n.1376 del 14.10.2012).

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia da ultimo richiamata, ha infatti statuito che “E’ illegittima l’esclusione dalla gara dell’appellata per aver presentato una cauzione provvisoria di importo inferiore a quello richiesto per poter concorrere all’assegnazione di più lotti. (...)

L’Amministrazione, (...) in applicazione della regola di cui all’art.46, comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l’integrazione della cauzione insufficiente”.

Tuttavia, non emergendo nel caso di specie “un evidente errore formale”, idoneo, secondo il dettato della citata Determinazione n. 4 del 2012, a giustificare una richiesta di integrazione dell’importo della cauzione provvisoria, si realizza la causa di esclusione contemplata nella predetta Determinazione. L’integrazione della cauzione provvisoria si concretizzava infatti con il versamento del premio in data 30.11.2012 e quindi successivamente al termine di presentazione

delle offerte.

Nel caso in esame, inoltre, non si può ritenere legittimo l'intervento sollecitatorio della Commissione di gara, essendo onere dell'interessato provvedere tempestivamente alla integrazione e produzione documentale, non essendo sufficiente la circostanza che l'integrazione della garanzia sia avvenuta antecedentemente alla produzione del relativo documento. Ed invero, diversamente opinando, risulterebbe violato il principio di par condicio dei partecipanti alla procedura di gara e si riconoscerebbe un "potere di sanatoria" non previsto, con conseguente alterazione dell'iter procedurale di gara.

A nulla giova il "confronto" con i presenti, prima di effettuare il sollecito per le vie brevi, non potendosi comunque derogare – neanche con un eventuale accordo delle parti - alla rigida disciplina normativa vigente in materia; né ci si può appigliare al principio di massima partecipazione, in quanto tale principio va comunque ricordato con l'altrettanto imprescindibile principio di parità di trattamento nelle procedure di gara.

Pertanto, si ritiene sussistano nella fattispecie in esame i presupposti per l'esclusione dell'impresa Baltea Costruzioni s.n.c. e l'adozione in autotutela dei provvedimenti che ne conseguono.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione:

- illegittimo l'operato della Stazione appaltante per non avere escluso dalla procedura di gara l'impresa che ha prodotto tardivamente l'integrazione della cauzione provvisoria originariamente insufficiente.

I Consiglieri Relatori: Luciano Berarducci, Alfredo Meocci

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 19 novembre 2013

Il Segretario Maria Esposito