

Parere n.99 del 26/11/2014

PREC 201-14-L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Luppù Srl – “*Lavori di manutenzione straordinaria di viabilità rurale e forestale*” – Importo a base di gara euro 151.287,55- S.A.: Comune di Genoni (OR)

Cauzione provvisoria – mancata allegazione all’offerta in sede di partecipazione – richiesta di integrazione documentale da parte della stazione appaltante in virtù del potere di soccorso istruttorio di cui all’articolo 46 – legittimità in considerazione delle differenti letture interpretative ed oscillazioni giurisprudenziali sulla natura della cauzione provvisoria, sulla configurabilità dei vizi della cauzione tra le cause tassative di esclusione e sull’esperibilità del potere di soccorso istruttorio

In caso di mancata allegazione della cauzione provvisoria all’offerta è legittimo il ricorso al potere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, mediante richiesta di apposita integrazione documentale al concorrente, in considerazione delle differenti letture interpretative e delle oscillazioni giurisprudenziali che sussistono sia sulla natura della cauzione provvisoria, quale elemento essenziale dell’offerta, da cui deriva la riconducibilità dei relativi vizi ad una delle cause tassative di esclusione ai sensi dell’articolo 46, comma 1-bis, sia in relazione all’esperibilità del potere di soccorso istruttorio per tali fattispecie.

Articoli 75 e 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

Considerato in fatto

In data 4 luglio 2014 è pervenuta l’istanza in epigrafe con la quale la società Luppù S.r.l., con riferimento alla procedura di gara per l’affidamento del contratto di “*Lavori di manutenzione straordinaria di viabilità rurale e forestale*”, indetta dal Comune di Genoni, ha chiesto parere in merito alla legittimità del provvedimento di riammissione alla gara dell’impresa Conglomerati Bituminosi, già esclusa per non aver prodotto a corredo dell’offerta la cauzione provvisoria *ex* articolo 75 e poi riammessa a seguito di richiesta di integrazione documentale.

In particolare, nella seduta del 26 marzo 2014, la commissione di gara escludeva l’impresa Conglomerati Bituminosi per mancata produzione della cauzione provvisoria di cui all’articolo 75, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 e, in data 31 marzo 2014, l’impresa esclusa presentava istanza di riammissione alla procedura, ritenendo non rientrante tra le cause tassative di esclusione di cui all’articolo 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006 la mancata produzione della polizza fideiussoria. La stazione appaltante, pertanto, valutata l’istanza, riammetteva la ditta alla gara considerando di poter disporre l’integrazione documentale conformemente all’orientamento giurisprudenziale che riconosce alla cauzione provvisoria la natura di elemento non essenziale dell’offerta e ammette quindi l’esperibilità del soccorso istruttorio.

In conseguenza di quanto sopra, l’impresa Conglomerati Bituminosi, che aveva stipulato la polizza fideiussoria in data antecedente al termine di scadenza delle offerte, veniva riammessa alla gara. E il Comune, dopo aver provveduto a rideterminare la soglia di anomalia, aggiudicava provvisoriamente il contratto all’impresa Tedde Quinto.

Ad avviso dell’istante, tale provvedimento di riammissione alla procedura dell’impresa Conglomerati Bituminosi non sarebbe legittimo in quanto la mancata presentazione della cauzione provvisoria, ai sensi dell’articolo 75, costituisce causa di esclusione. Sono state, al riguardo, richiamate sia la determinazione dell’Autorità n. 4 del 10 ottobre 2012 sia diverse pronunce del giudice amministrativo che definiscono la cauzione quale elemento essenziale dell’offerta, la cui omissione comporta, appunto, l’esclusione. Secondo l’istante, in applicazione di tale interpretazione

l'impresa Conglomerati Bituminosi non avrebbe dovuto essere riammessa alla gara e la stazione appaltante, non dovendo rideterminare la soglia di anomalia, non avrebbe aggiudicato il contratto alla Tedde Quinto, ma alla stessa Luppu s.r.l., in quanto migliore offerente.

La società Luppu Srl, il Comune di Genoni, nonché l'Impresa Tedde Quinto e l'impresa Conglomerati Bituminosi sono stati formalmente avvisati dell'istruttoria con nota di questa Autorità del 5 agosto 2014. Al procedimento ha formalmente partecipato solo l'attuale aggiudicataria provvisoria ritenendo infondate le affermazioni dell'istante, mentre non sono pervenute memorie da parte degli altri soggetti.

Ritenuto in diritto

La questione in esame, relativa alla legittimità del provvedimento di ammissione alla gara di un concorrente che non ha prodotto, a corredo dell'offerta, la cauzione provvisoria ai sensi dell'articolo 75 e che ha integrato successivamente, su richiesta della stazione appaltante, la documentazione mediante produzione della cauzione stessa, presuppone una valutazione in ordine sia alla riconoscibilità della cauzione quale elemento essenziale dell'offerta - con conseguente riconducibilità della fattispecie della mancata presentazione della cauzione tra le cause tassative di esclusione dalle gare ai sensi dell'articolo 46, comma 1-*bis* - sia alla eventuale esperibilità, in tali fattispecie, del potere di soccorso istruttorio.

La disposizione di cui all'articolo 46, comma 1-*bis*, come noto, ha introdotto nel codice dei contratti pubblici il principio di tassatività delle cause di esclusione sancendo la possibilità per la stazione appaltante di escludere i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice, 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. Essa ha altresì sancito che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e che, qualora tali prescrizioni ulteriori dovessero essere previste, esse sono comunque nulle.

Tre sono dunque le diverse ipotesi di cause tassative previste: la sussistenza di un adempimento doveroso in capo al concorrente, anche in assenza della previsione dell'esclusione da parte del Codice del Regolamento o di leggi vigenti; l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; la presenza di un plico contenente l'offerta non integro o di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante. L'obiettivo di tipizzare tassativamente le cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante è poi rafforzato dalla previsione della nullità della clausole di gara che prevedono adempimenti, sanzionandoli con l'esclusione, fuori dai casi tipici previsti dal legislatore (*cfr. sul punto Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 "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", ANAC, parere n. 78 del 28 ottobre 2014*).

Con riferimento alla riconducibilità dei vizi della cauzione provvisoria tra le cause tassative di esclusione di cui al menzionato articolo 46, comma 1-*bis*, si sono registrati orientamenti interpretativi contrapposti.

Da un lato, infatti, l'Autorità, fin dalla determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, ha ritenuto che la

cauzione provvisoria, vista la funzione cui è deputata, ovvero di assicurare la serietà dell'offerta e di costituire liquidazione preventiva e forfettaria del danno qualora non si addivenga alla stipula del contratto per causa imputabile all'aggiudicatario, costituisca un elemento essenziale dell'offerta. Ne consegue che i vizi ad essa connessi e, in particolare, l'eventuale mancata allegazione della cauzione all'offerta, non possono essere oggetto di soccorso istruttorio e determinano la legittima esclusione del concorrente.

Più dettagliatamente, nella determinazione è sancito che la disposizione di cui all'articolo 75 ha 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. Pertanto, poiché 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'articolo 75, comma 4, è carente di un elemento essenziale e, per ciò stesso, non ammissibile. Diverso è invece l'avviso della giurisprudenza amministrativa che ritiene i vizi della cauzione provvisoria tali da non determinare l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente ai sensi dell'articolo 46, comma 1-bis, riconoscendo conseguentemente alla stazione appaltante la possibilità di richiedere una sua regolarizzazione o integrazione (*ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 5781 del 5 dicembre 2013*).

Ed è proprio sulla base di tale ricostruzione in via generale dell'istituto e in considerazione dei menzionati, differenti e contrapposti orientamenti interpretativi rispetto alla natura della cauzione provvisoria (elemento essenziale o meno dell'offerta), che occorre valutare la scelta della stazione appaltante di richiedere l'integrazione, mediante soccorso istruttorio, della cauzione provvisoria non prodotta dal concorrente in sede di offerta.

Al riguardo, considerato che tale scelta trova fondamento in una consolidata linea interpretativa della giurisprudenza amministrativa che riconosce, in ipotesi come quella di specie, l'applicabilità del soccorso istruttorio; tenuto conto che la stazione appaltante con la scelta in contestazione ha perseguito comunque una finalità concorrenziale di ampliamento del numero delle offerte tra cui selezionare la migliore e in considerazione del fatto che, come risulta dalla documentazione in atti e, in particolare, come risulta dal verbale della seduta del 20 maggio 2014, la Conglomerati Bituminosi, a seguito della richiesta di integrazione documentale, ha prodotto una cauzione provvisoria stipulata in data antecedente al termine di presentazione delle offerte, il contestato provvedimento di riammissione alla gara appare corretto.

Non sembra, infatti, che, aderendo alla citata interpretazione circa la natura della cauzione provvisoria e l'esperibilità, nel caso di specie, del soccorso istruttorio, la stazione appaltante nel disporre l'integrazione documentale abbia di fatto alterato la *par condicio* e il libero gioco della concorrenza né è possibile affermare che la stessa abbia violato il canone di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa attraverso l'elusione dei termini decadenziali cui è soggetta la procedura.

Conseguentemente, le doglianze dell'istante non appaiono accoglibili e, per le ragioni evidenziate, può ritenersi corretta sia la riammissione alla gara della Conglomerati Bituminosi sia la conseguente aggiudicazione del contratto alla Tedde Quinto.

In base a quanto sopra rappresentato

il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la scelta dell'amministrazione di ricorrere al potere di soccorso istruttorio in relazione alla cauzione provvisoria, in considerazione delle differenti letture interpretative sul punto e della finalità pro competitiva perseguita, appare conforme all'ordinamento ed ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 10 dicembre 2014
Il Segretario Maria Esposito