



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 164 DEL 7 ottobre 2015

PREC 14/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 presentata da De Santo Costruzioni sas di De Santo L. - Procedura di gara aperta per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici concernenti interventi per la sistemazione dei versanti del territorio del Comune di Marano Marchesato Località Creti/S. Marco/Perri/Carminè - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - Importo a base d'asta: euro 1.060.000,00 - S.A.: Comune di Marano Marchesato (CS)

Cauzione provvisoria – Erronea indicazione della stazione appaltante – Soccorso istruttorio

Il provvedimento di esclusione adottato nei confronti del concorrente per aver presentato una polizza fideiussoria intestata ad una stazione appaltante diversa da quella aggiudicatrice dell'appalto appare legittimo in quanto il contratto di fideiussione non risulta validamente costituito nell'ambito della procedura di gara cui l'operatore economico ha partecipato.

Art. 75 e art. 46, comma 1-ter, d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. 99935 del 17.09.2014 con la quale la De Santo Costruzioni sas di De Santo L., nella procedura di gara in oggetto, chiede all'Autorità di pronunciarsi sulla legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei suoi confronti dalla stazione appaltante per aver presentato una cauzione provvisoria intestata ad una stazione appaltante diversa da quella competente per la gara in esame, ritenendo l'esclusione non conforme alla disciplina del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, d.lgs. 163/2006;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 4.02.2015;

VISTA la documentazione e le memorie trasmesse dalle parti;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Rilevato che sulla questione può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

CONSIDERATO che, in linea generale, la giurisprudenza ha chiarito che a seguito della novella di cui al d.l. 70/2011, e all'introduzione dell'art. 46, comma 1-bis, d.lgs. 163/2006, «deve recisamente escludersi che irregolarità relative alla cauzione possano condurre all'esclusione dalla gara, dovendosi far luogo alla sua regolarizzazione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781 e 1 febbraio 2012, n. 493; vedi anche Sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5523 e 6 ottobre 2014, n. 4985)» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 0.06.2015, n. 147);

CONSIDERATO che l'Autorità, pur avendo osservato con Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 che il soccorso istruttorio di cui al comma 1-ter dell'art. 46 del Codice è esperibile «con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria», ha tuttavia precisato che, al fine di non alterare la parità di trattamento tra i concorrenti, l'applicazione della predetta disciplina è condizionata dalla circostanza che la garanzia «sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del Codice, vale a dire decorra da tale data»;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 1936 c.c. il fideiussore «obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui»; inoltre il contratto, intervenendo tra il garante e il beneficiario o creditore, si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo ai sensi dell'art. 1333 c.c. (Cons. Stato, Ad. Pl., 4 ottobre 2005, n. 8);

RITENUTO che, nella gara in oggetto, la fideiussione non può ritenersi costituita nei confronti dell'amministrazione che ha indetto la procedura, riportando l'impegno del fideiussore verso una diversa stazione appaltante con la conseguenza che l'ipotesi rientra tra i casi in cui l'Autorità ritiene inapplicabile la disciplina del soccorso istruttorio *ex* art. 46, d.lgs. 163/2006;

RITENUTA, pertanto, legittima l'esclusione dell'istante dalla procedura di gara;

il Consiglio



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che il provvedimento di esclusione adottato nei confronti della De Santo Costruzioni sas di De Santo L. per aver presentato una polizza fideiussoria intestata ad una stazione appaltante diversa da quella aggiudicatrice dell'appalto appare legittimo in quanto il contratto di fideiussione non può ritenersi costituito nei confronti dell'amministrazione che ha indetto la procedura, con la conseguenza che è inapplicabile la disciplina del soccorso istruttorio *ex art. 46, d.lgs. 163/2006*.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 ottobre 2015

Il Segretario Maria Esposito