



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

PARERE N. 216 DEL 02 DICEMBRE 2015

PREC 219/15/S

Oggetto: istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 presentata dalla Prefettura di Cosenza – “*Procedura aperta per l’individuazione di più operatori economici ai quali affidare il servizio di «Prima accoglienza di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale e la gestione dei servizi connessi»*” - Importo a base di gara: € 2.212.474,00 - S.A. Prefettura di Cosenza

Cauzione provvisoria – presentazione di una cauzione provvisoria contenente elementi idonei a far presumere l’offerta presentata – violazione del principio di segretezza dell’offerta

Costituisce violazione del principio di segretezza delle offerte e quindi legittima causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria che, attraverso la sostituzione dell’importo relativo al prezzo unitario previsto dalla *lex specialis* con un prezzo unitario diverso, contiene elementi idonei a far presumere l’ammontare dell’offerta economica.

Cauzione – presentazione di una cauzione priva dell’impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva ai sensi dell’articolo 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006 – soccorso istruttorio – ammissibilità

L’eventuale presentazione di una cauzione provvisoria priva dell’impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva non costituisce di per sé legittima causa di esclusione essendo, in tale circostanza, ammissibile il soccorso istruttorio ai sensi dell’articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006

Articolo 75 del d.lgs. n. 163/2006

Articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006

Il Consiglio

VISTA l’istanza di parere prot. n. 109939 del 2 settembre 2015, con la quale la Prefettura di Cosenza rappresentava di aver riscontrato nella procedura in epigrafe l’avvenuta presentazione da parte della società cooperativa Energie Solidali di un modello, previsto dal bando, in cui sarebbero stati indicati nel calcolo del deposito cauzionale provvisorio elementi relativi al prezzo unitario pro capite - pro die e al valore dell’appalto, tali da far presumere anticipatamente il valore dell’offerta economica, non avendo il concorrente utilizzato il parametro, uguale per tutti, del prezzo pro capite - pro die di 33,50 euro, previsto dalla *lex specialis*, avendolo piuttosto sostituito con un prezzo di 32,00 euro e di avere conseguentemente intenzione di escludere la società per violazione del principio di segretezza dell’offerta;

VISTA l’istanza di parere prot. n. 109945 del 2 settembre 2015, con la quale la Prefettura di Cosenza rappresentava che due soggetti concorrenti, il Villaggio Agriturismo Caldeo e la Cooperativa Zingari



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

59, avevano presentato, ai fini della partecipazione alla gara in epigrafe, il deposito cauzionale sotto forma di assegno circolare bancario, senza tuttavia allegare l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse aggiudicatario, ai sensi dell'articolo 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006 e che tale circostanza, secondo la stazione appaltante, costituisce causa di esclusione e non possa essere oggetto di integrazione, sebbene le medesime concorrenti abbiano fatto pervenire l'atto di impegno del fideiussore dopo l'avvio della procedura di esclusione;

CONSIDERATO che le due istanze menzionate riguardano la medesima procedura di gara, e che pertanto sono state riunite in un unico procedimento;

VISTA la documentazione in atti e, in particolare, i documenti di gara e le memorie prodotte dalle parti;

CONSIDERATO che le questioni giuridiche controverse prospettate dall'istante possono essere decise ai sensi dell'articolo 8 del *Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'articolo 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. n. 163/2006*;

CONSIDERATO che, per quanto concerne la prima istanza, in base a quanto rappresentato dalla Prefettura e nell'impossibilità di prendere visione della polizza fideiussoria prodotta dal concorrente in sede di gara – che, sebbene richiesta, non è stata inviata all'Autorità – può presumersi che la società Cooperativa Energie Solidali abbia inserito, nel modello predisposto dalla stazione appaltante, anziché il prezzo unitario previsto, l'importo pari a 32,00 euro: un valore che potrebbe corrispondere alla propria offerta economica e che, per tali ragioni, abbia pertanto integrato una violazione del principio di segretezza delle offerte, che ne legittima l'esclusione;

CONSIDERATA, infatti, la formulazione del “modello 3” allegato al bando di gara, nell'ultima parte relativa al deposito cauzionale provvisorio, che recita “*totale posti disponibili _____ x € 33.50 x giorni _____ (da giugno a dicembre 2015) = € _____ (valore appalto)*” e poi “*2% di € _____ (valore appalto) = _____ (importo da garantire come deposito provvisorio)*” appare evidente come l'eventuale sostituzione del prezzo indicato uniformemente per tutti i concorrenti per ciascun posto disponibile con un *quantum* diverso, presumibilmente quello dell'offerta, possa costituire una violazione del principio di segretezza dell'offerta e come tale determinare l'esclusione dalla procedura;

RITENUTO, pertanto, che qualora la ricostruzione della fattispecie corrisponda a quanto si evince dalla documentazione prodotta in sede di istanza, il concorrente debba essere escluso per violazione del principio della segretezza dell'offerta economica, in quanto volto a garantire, in un'ottica di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, il corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo valutativo dell'offerta da parte dell'amministrazione;

CONSIDERATO che, per quanto concerne la seconda istanza presentata, la circostanza che i due concorrenti non abbiano prodotto, contestualmente alla presentazione dell'offerta, la cauzione provvisoria con l'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva, non costituisce di per sé legittima causa di esclusione, potendo tale elemento essere suscettibile di soccorso istruttorio ai sensi



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006, in ragione dell'orientamento sia della giurisprudenza amministrativa sia di questa Autorità in relazione all'esperibilità dell'integrazione e regolarizzazione documentale alla luce della nuova disciplina dettata in materia di soccorso istruttorio;

CONSIDERATO, infatti, che, ferma restando la funzione svolta dalla cauzione provvisoria di cui all'articolo 75 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, il nuovo comma 1 - *ter* dell'articolo 46 del d.lgs. n. 163/2006 sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia in parola, laddove la norma consente la sanabilità di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi;

CONSIDERATO, altresì, che l'impatto sanatorio di tale disposizione trova applicazione ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità della cauzione provvisoria, a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione di cui all'articolo 75, comma 5, ovvero decorra da tale data, onde scongiurare il rischio di ledere il principio di parità di trattamento tra i concorrenti (cfr., al riguardo, la *determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015*);

RITENUTO che, in ragione di tali considerazioni, nel caso di specie, la mancata allegazione alla cauzione provvisoria dell'impegno del fideiussore a stipulare la cauzione definitiva possa essere oggetto di soccorso istruttorio e conseguentemente, qualora il concorrente produca l'impegno *de quo* nei termini indicati dall'amministrazione e la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, lo stesso non possa essere escluso dalla procedura di gara senza incorrere nella violazione dei principi generali in materia di contratti pubblici e, in particolare, della disciplina del soccorso istruttorio, così come ridefinita dal legislatore;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che, per quanto riguarda la prima questione prospettata dall'istante, sulla base della suindicata ricostruzione dei fatti, sia legittima l'esclusione della concorrente società cooperativa Energie Solidali per violazione del principio di segretezza dell'offerta e che, in relazione alla seconda questione sottoposta, le due imprese concorrenti, Villaggio Agrituristico Caldeo e Cooperativa Zingari 59, non possono essere escluse dalla gara nel rispetto della disciplina del soccorso istruttorio.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario Maria Esposito