



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 325 del 29 aprile 2017

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Scali S.r.l. Soc. Unipersonale/ ATM Azienda trasporti Milanesi S.pa. Procedura aperta per i lavori di ampliamento del parcheggio di interscambio Bisceglie. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. Importo a base di gara: 4.316.418,83 euro.

PREC 66/17/L

Cauzione provvisoria. Garanzia con espressa rinuncia alle eccezioni di cui all'art 1945 del codice civile. Soccorso istruttorio. Sanzione.

E' legittima l'applicazione della sanzione pecuniaria se l'impresa aderisce al soccorso istruttorio e integra la polizza presentata con una clausola necessaria e prevista a pena di esclusione dal bando di gara.

Art.83 e 93 D.lgs.50/2016;

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 182110 del 9 dicembre 2016, con cui la Scali S.r.l. Soc. Unipersonale chiedeva a questa Autorità un parere sulla legittimità della sanzione disposta in suo danno dalla stazione appaltante nella procedura in oggetto per la regolarizzazione della garanzia provvisoria prestata, pur conforme alle prescrizioni di legge ma carente della rinuncia alle eccezioni di cui all'art. 1945 cod. civ.;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 3 marzo 2017;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 93 comma 4 del Codice la garanzia fideiussoria dovuta a titolo di cauzione provvisoria deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, nonché l'operatività entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante;

RILEVATO che nel disciplinare di gara (pag. 6), è previsto che la fideiussione o polizza assicurativa presentata quale garanzia provvisoria preveda la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la rinuncia a tutte le eccezioni da questi opponibili ai sensi dell'art. 1945 del codice civile;

RILEVATO che l'istante ha presentato una polizza non completa delle clausole richieste e dopo l'ammissione al soccorso istruttorio ex art. 83 ha provveduto a regolarizzare il documento inviando l'appendice integrativa ma non ha consentito a versare la sanzione pecuniaria contestando la natura essenziale della dichiarazione richiesta e la legittimità della sanzione inflitta;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

CONSIDERATO che nella recente pronuncia del Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 16 gennaio 2017, n. 92 si sottolinea che la disciplina contenuta nell'articolo 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006 è stata innovata dal vigente articolo 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui prevede che *la sanzione è dovuta solo in caso di regolarizzazione* e tale disposizione riveste un carattere interpretativo tale da orientare anche il contenuto della norma previgente e da confermare quanto era già stato anticipato dalla determinazione Anac n. 1/2015, vale a dire che la soluzione di escludere l'applicazione della sanzione in assenza di una richiesta di ammissione alla gara è in linea con il principio di proporzionalità, in quanto evita di infliggere una misura volta a colpire, anche in assenza di colpa, la condotta in violazione di obblighi formali e documentali.

RITENUTO quindi che la sanatoria in adesione al soccorso istruttorio implichi il versamento delle sanzioni da parte del concorrente e, in caso di mancata allegazione del documento comprovante l'avvenuto pagamento, sia necessario procedere all'esclusione dello stesso;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, l'operato della stazione appaltante conforme alla disciplina normativa di settore.

Il Presidente

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 aprile 2017

Il Segretario Maria Esposito