DELIBERA N. 617 DEL 7 giugno 2017

OGGETTO: Istanza presentata singolarmente da RBN Engineering Srl – Intervento di riqualificazione e recupero di un edificio di civile abitazione, sito nel Comune di Sonnino, per la realizzazione di n. 11 alloggi, finanziati con fondi statali e regionali di cui alla DGRL n. 595/2010 – Importo a base di gara: euro euro 998.171,71 – S.A.: ATER della Provincia di Latina.
PREC 33/17/L

Obbligo di intestazione della polizza fideiussoria anche all'impresa ausiliaria – Legittimità – Soccorso istruttorio gratuito
In mancanza di apposita previsione di *lex specialis*, non vige alcun obbligo di intestazione della polizza anche alle imprese ausiliarie ed è sufficiente l'intestazione della ditta principale in quanto l'avvalente è l'unico soggetto titolare del contratto di appalto. Qualora l'obbligo di cointestazione della polizza fideiussoria sia previsto dalla *lex specialis*, la mancata intestazione della garanzia anche all'impresa ausiliaria, poichè non determina l'incertezza assoluta dell'offerta, stante la sua natura meramente accessoria, non può essere qualificata come 'irregolarità essenziale' (ancorchè sanabile), bensì come irregolarità non essenziale sanabile senza il pagamento di alcuna sanzione.
Art. 83 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

Considerato in fatto

Con istanza acquisita al prot. ANAC n. 171414 del 18.11.2016, la società RBN Engineering Srl contesta la clausola del bando che prevede, nel caso di avvalimento, l'obbligo di intestazione della garanzia provvisoria sia al concorrente sia all'impresa ausiliaria a pena di esclusione dalla gara.
La Stazione appaltante, verificata l'assenza di tale cointestazione nell'offerta presentata, con nota dell'11.11.2016 comunica all'odierno istante l'avvio della procedura di soccorso istruttorio, con contestuale ingiunzione di produrre la suddetta cauzione provvisoria *«con l'indicazione dell'impresa ausiliaria, entro e non oltre 5 giorni dal ricevimento della presente, nonché a provvedere al versamento della somma di euro 998,00 a titolo di sanzione pecuniaria»*.
La RBN Engineering riscontra in pari data la richiesta della Stazione appaltante sostenendo l'illegittimità del punto 6.1 del bando oggetto di controversia sia perché il codice dei contratti in caso di avvalimento non detta alcuna specifica disposizione in merito al presunto obbligo di

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

sottoscrizione della cauzione da parte dell'impresa concorrente e dell'ausiliaria, sia perché in materia è intervenuta la sentenza del Tar Lazio-Roma, Sez. I, 3.12.2009 n. 12455, che ne escluderebbe espressamente la legittimità.
Con nota del 15 novembre 2016, l'ATER di Latina ribadisce le proprie ragioni confermando la piena legittimità della clausola in questione e precisando che l'unico modo per rimanere in gara è quello di regolarizzare, attraverso la procedura del soccorso istruttorio già avviato, il documento riguardante la polizza fideiussoria.
La RBN Engineering replica ancora una volta alla Stazione appaltante ribadendo l'illegittimità della clausola e chiedendo di essere ammessa alla gara senza il pagamento di alcuna sanzione pecuniaria connessa al soccorso istruttorio, che ritiene essere stato avviato immotivatamente.
L'ATER Latina, preso atto di quanto dichiarato dall'impresa, con nota del 18.11.2016, comunica alla stessa la formale e definitiva esclusione dalla gara.
Con nota prot. ANAC n. 27576 del 21.2.2017, l'Autorità ha comunicato l'avvio del procedimento, cui però non risulta essere seguita alcuna memoria integrativa delle parti.

Ritenuto in diritto

L'istante chiede all'Autorità di pronunciarsi circa l'obbligatorietà dell'intestazione della polizza fideiussoria anche all'impresa ausiliaria e, dunque, se sia legittima la sua esclusione dalla gara *de qua*.
Sull'argomento si è di recente pronunciato il Consiglio di Stato con la sentenza 5052 del 2.12.2016, in cui si legge che «*...invero, in mancanza di una specifica previsione della lex specialis, non può identificarsi un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria, riferito alle imprese ausiliarie discendente dall'art. 49, del d.Lgs. n. 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori. Invero, se lo stesso legislatore individua dunque nell'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto, risulta allora del tutto illogico affermare che l'onere cauzionale deve gravare su di un soggetto ulteriore e diverso, in ordine al quale rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo, ferma restando la predetta responsabilità solidale ex lege dell'ausiliario nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.*
Tale prospettazione, a più riprese predicata dalla giurisprudenza di primo grado, conferma che non vige obbligo di intestazione della polizza anche alle imprese ausiliarie (solo in caso di A.t.i., l'obbligato principale sono tutti gli operatori interessati, mentre per l' avvalimento il responsabile è il partecipante) e che è sufficiente la intestazione della stessa ditta principale (in quanto, appunto l'avvalente è l'unico soggetto titolare del contratto di appalto) e che deve escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della cauzione provvisoria anche alle imprese ausiliarie».

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

Tale interpretazione, sebbene riferita alle norme del d.lgs. n. 163/2006, è sicuramente estensibile alle attuali disposizioni codicistiche, che – al pari delle norme abrogate – continuano a non disporre nulla in merito all'intestazione delle garanzie fideiussorie in caso di avvalimento.
Il principio generale, dunque, ricavabile dalla menzionata pronuncia del Consiglio di Stato e che appare pienamente condivisibile, è che, essendo l'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto, l'onere cauzionale non può che gravare necessariamente solo su quest'ultima, fatta salva la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.
La sentenza citata, tuttavia, parte da un assunto preliminare: ovverosia che la *lex specialis* di gara nulla disponga al riguardo, alludendo – così – a una eventuale, diversa conclusione nell'ipotesi che la stazione appaltante preveda espressamente l'obbligo di cointestazione della garanzia a pena di esclusione; esattamente ciò che è avvenuto nel caso in esame.

La soluzione al quesito proposto dall'istante è in realtà meno agevole e scontata di quanto possa apparire e necessita di un approfondimento relativo alla disciplina codicistica in tema di cauzione provvisoria, cause tassative di esclusione e soccorso istruttorio.
Come noto, il principio di tassatività delle cause di esclusione è stato formalmente introdotto con il d.l. n. 70/2011 (recante *"Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia"*), il quale è intervenuto a modificare l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 con l'inserimento del comma 1-*bis*; l'art. 83, comma 8 – pur semplificando l'articolato normativo – ha sostanzialmente riprodotto le disposizioni contenute nel previgente art. 46, comma 1-*bis* stabilendo che *"[...] I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*.
Il principio in discussione nasce dall'esigenza di valorizzare l'orientamento generale di matrice comunitaria della prevalenza della sostanza sulla forma, che si traduce, nell'ambito degli appalti pubblici, nell'esigenza di agevolare la massima concorrenza, riducendo gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti alle procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica.
Al riguardo, di rilevante interesse appare l'orientamento dell'Adunanza Plenaria formatosi sotto il vigore del codice abrogato, estensibile per le ragioni già dette alla normativa attuale, secondo cui la previsione della tassatività deve essere intesa nel senso che *«l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il Codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus»* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2014, n. 9).
La citata Adunanza Plenaria, inoltre, chiarisce che nelle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si possono verificare le seguenti ipotesi:

a. *«legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti*

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce de plano all'esclusione dell'impresa;

b. *legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);*

c. *legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;*

d. *legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento».*

Esclusa, dunque, la nullità della clausola in parola sulla base del richiamato orientamento del Consiglio di Stato, è ora necessario comprendere se l'irregolarità riscontrata nell'offerta dell'odierno istante sia qualificabile come essenziale o non essenziale ai fini del c.d. soccorso istruttorio attivato dalla Stazione appaltante.

A norma dell'art. 83, comma 9 *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma"*. L'estrema genericità di tale formulazione è temperata e ridimensionata dall'ultimo periodo del medesimo comma, secondo il quale *"Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa"*.

Tale previsione, assente nella disciplina del soccorso istruttorio contenuta nel d.lgs. n. 163/2006, delinea, in una lettura coordinata con le altre previsioni del medesimo comma 9, un quadro articolato che porta a individuare tre categorie di irregolarità che possono caratterizzare la documentazione presentata dai concorrenti in sede di gara:

a) **irregolarità essenziali non sanabili**, ovvero quelle che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione presentata o il soggetto che ha reso la dichiarazione o che è responsabile della titolarità del documento;

b) **irregolarità essenziali sanabili**, identificabili in quelle che, pur non raggiungendo la soglia di gravità di quelle non sanabili, influiscono comunque sulla determinazione dei contenuti del documento presentato. In questa ipotesi l'irregolarità è sanabile ma comporta il pagamento di una sanzione pecuniaria da parte del concorrente;

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma

c) **irregolarità formali o non essenziali**, per le quali è richiesta comunque la regolarizzazione, ma senza che ad essa si accompagni il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Nel caso in esame, la Stazione appaltante ha qualificato l'irregolarità dell'offerta della RBN Engineering come essenziale ma sanabile e per tale motivo ha fissato anche la sanzione in euro 998,00, corrispondente all'1% del valore della gara, che costituisce il limite massimo stabilito dal legislatore.
Tuttavia, si può ritenere che la mancata intestazione della garanzia anche all'impresa ausiliaria, non determinando l'incertezza assoluta dell'offerta, stante la sua natura meramente accessoria, non può essere qualificata come 'irregolarità essenziale' (ancorchè sanabile). Nondimeno, poichè l'obbligo di cointestazione in discussione è comunque previsto dalla *lex specialis* e atteso che – per le motivazioni più sopra espresse – tale clausola non può ritenersi nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, si può concludere che **l**a presentazione della garanzia senza la cointestazione costituisca una irregolarità non essenziale; come tale, secondo le nuove disposizioni del codice in materia di soccorso istruttorio, la stazione appaltante ne deve richiedere la regolarizzazione (come peraltro già fatto), ma senza poter applicare la sanzione, che invece è prevista nelle sole ipotesi di irregolarità essenziali.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'esclusione della società RBN Engineering Srl sia illegittima;
- che tale società possa essere riammessa alla procedura selettiva qualora a seguito di soccorso istruttorio gratuito regolarizzi la propria offerta secondo quanto previsto dai documenti di gara.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 giugno 2017

Il Segretario Maria Esposito

Via M. Minghetti, 10 – 00187 Roma