

PARERE N. 171 DEL 24/10/2012

PREC 108/12/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dalla società Graded S.p.a. - "Recupero conservativo e funzionale del complesso edilizio denominato ex compartimento FS - risanamento facciate, adeguamento e realizzazione impianto termico Corpo C.I. servizio di conduzione, gestione e manutenzione degli impianti tecnici e tecnologici dell'I.T.N." - Importo a base d'asta E. 921.425,46 - S.A.: Provincia di Reggio Calabria.

Esclusione. Cauzione provvisoria. Omessa allegazione documentazione: dichiarazione sottoscrittore polizza fideiussoria, titolo di legittimazione rilascio medesima e relativo documento identità. Art. 46 comma 1 bis D.Lgs. 163/2006.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 04 aprile 2012 è pervenuta l'istanza in epigrafe con la quale la società Graded s.p.a. ha chiesto un parere in merito alla legittimità della propria esclusione dalla gara in oggetto, disposta dalla Provincia di Reggio Calabria in quanto "in violazione dell'art. 16.2.8 del bando - disciplinare di gara - mancano, nella documentazione prodotta, la dichiarazione del sottoscrittore della polizza fideiussoria, il titolo in base al quale lo stesso è legittimato al rilascio della medesima e il relativo documento di identità idoneo a conferire esistenza giuridica all'atto, in conformità a quanto prescritto dall'art. 38 comma 3 del D.P.R. n. 445/2000".

In riscontro all'istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 22 maggio 2012, la stazione appaltante ha ribadito la legittimità del provvedimento di esclusione adottato esponendo nel dettaglio le ragioni poste a base dello stesso.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti della ditta Graded S.p.a per le ragioni evidenziate in fatto. L'istante lamenta che l'esclusione disposta in proprio danno sia stata adottata in violazione dell'art. 46 c. 1 bis D.Lgs. 163/2006 visto che le cause di esclusione sono solo quelle codificate dalla predetta disposizione; la ditta quindi, a suo dire, non poteva essere esclusa per non avere allegato le dichiarazioni previste per la polizza fideiussoria non costituendo, tale inadempimento, causa legittima di esclusione ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis del codice.

L'esclusione disposta è legittima.

Il punto 16.2.8. del bando di gara sotto la rubrica "Cauzione provvisoria" stabilisce che "A pena di esclusione dalla gara:...tutte le fidejussioni devono essere accompagnate da una dichiarazione del sottoscrittore (corredata da documento di riconoscimento in corso di validità) dalla quale risulti l'identità, la qualifica e il titolo in base al quale lo stesso è legittimato a sottoscrivere il documento rilasciato, da compilare secondo le indicazioni sotto riportate:...".

Dagli atti presenti nel fascicolo, risulta che la società istante sia stata esclusa non solo per omessa allegazione del documento di identità del sottoscrittore della fidejussione, ma anche per mancanza della dichiarazione del sottoscrittore della polizza fideiussoria e del titolo in base al quale lo stesso è legittimato al rilascio della medesima.

In giurisprudenza è stato affermato che "In tema di cauzioni nelle gare per l'affidamento di contratti della pubblica amministrazione, l'uso della modulistica propria dell'Istituto di credito e/o della Compagnia assicuratrice non è idonea a garantire né il potere del sottoscrittore di impegnare l'intestatario del modulo, né l'assunzione dell'obbligazione fideiussoria da parte dello stesso: il soggetto che partecipa ad una pubblica gara, con l'obbligo di prestare cauzione provvisoria, può fare ricorso alla fideiussione, ma è, comunque, obbligato a presentare soggetto capace a prestare la garanzia e, trattandosi di una società per azioni regolarmente autorizzata, a fornire alla stazione appaltante, con il documento fideiussorio, anche gli elementi giustificativi dei poteri del sottoscrittore di costituire l'obbligazione di garanzia a carico della società presentata". (T.A.R. Venezia, Veneto, 15 giugno 2011, n. 1037).

Inoltre, come espresso da questa Autorità nelle linee guida del 29.11.2011 "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività sulle cause di esclusione e costo del lavoro", la cauzione provvisoria rappresenta un elemento essenziale dell'offerta, in quanto assolve allo scopo di garantirne la serietà e di costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente.

Ne deriva, quindi, che la mancata allegazione della documentazione prescritta dal bando a corredo della cauzione provvisoria, lungi dal costituire una mera formalità, determina l'incertezza assoluta della provenienza della cauzione e, in ultimo, della provenienza dell'offerta, costituendo, di questa, parte essenziale. Trova pertanto applicazione l'art. 46 comma 1 bis D.Lgs 163/2006, ma in senso sfavorevole all'istante poiché l'esclusione è consentita per "...incertezza assoluta sul contenuto o

sulla provenienza dell'offerta..." o "...per difetto di...altri elementi essenziali..."

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della società Graded s.p.a. sia stata legittimamente disposta.

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Sergio Gallo

Il Presidente: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 ottobre 2012

Il Segretario Maria Esposito