



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

DELIBERA N. 488 DEL 29 maggio 2019

OGGETTO: Istanza di parere di precontenzioso ex art. 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 congiunta per adesione presentata dalla Soc. GR Group a r.l. – Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un campo di calcio A5 outdoor presso la scuola Rodari - Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso – S.A.: Comune di Castello di Cisterna - Importo a base d'asta: euro 175.906,15

PREC 54/19/L

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 15049 del 22 febbraio 2019 con cui la Soc. GR Group s.r.l., aggiudicataria della procedura di gara in oggetto, contesta l'escussione della polizza provvisoria disposta dalla stazione appaltante a seguito della sua rinuncia all'aggiudicazione, rilevando come detta rinuncia risulti legittima in ragione delle carenze progettuali segnalate alla stazione appaltante e mai risolte e delle divergenze tra quanto stabilito nei documenti di gara e quanto previsto nella bozza di contratto, con particolare riferimento ai tempi di liquidazione delle fatture e alla cedibilità dei crediti derivanti dall'esecuzione del contratto;

VISTO che il Comune di Castello di Cisterna, nell'aderire all'istanza di precontenzioso, ha rappresentato come l'escussione della polizza provvisoria abbia costituito un atto doveroso, risultando prive di fondamento e, in ogni caso, pretestuose le doglianze della società aggiudicataria ed ha segnalato, in particolare, che le eccezioni relative alle presunte carenze progettuali appaiono tardive, avendo il ricorrente accettato tutta la documentazione di gara all'atto della presentazione dell'offerta e, in riferimento alle divergenze tra quanto previsto negli atti di gara e quanto disciplinato nella bozza di contratto, l'assenza di richieste di revisione della bozza contrattuale da parte della Soc. GR prima della rinuncia all'aggiudicazione;

Visto l'avvio del procedimento comunicato con nota prot. n. 37832 del 13 maggio 2019;

CONSIDERATO che l'art. 93, comma 6 del d.lgs. 50/2016 stabilisce che “*La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario...*” e che la giurisprudenza, nel ribadire che la finalità tipica della cauzione provvisoria risiede nel responsabilizzare i



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

partecipanti alle procedure di affidamento in ordine alle dichiarazioni rese e nel garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (cfr. Ad. plen. 10 dicembre 2014, n. 34), è orientata nel senso che il suo incameramento è legittimo ogniqualvolta l'operatore economico abbia arrecato pregiudizio all'interesse della stazione appaltante di affidare il contratto posto a gara (Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302, citata dal Comune di Ancona nelle proprie difese davanti al TAR; nella medesima linea Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3749);

VISTO, pertanto, che, al fine di stabilire se la S.A. ha correttamente disposto l'escussione della polizza provvisoria, occorre verificare se, nel caso di specie, la mancata stipula del contratto sia imputabile ad un fatto della Soc. Gr Group ovvero se vi sia una colpevolezza della S.A. che giustifichi la decisione della Soc. istante di rinunciare alla gara;

RILEVATO che, per quanto concerne le presunte carenze progettuali, l'istante non ne menziona in alcun modo l'entità e che, in ogni caso, all'atto della presentazione dell'offerta per l'affidamento dei soli lavori (e non anche della progettazione esecutiva) la Soc. GR Group non ha segnalato nessuna carenza progettuale ma ha anzi formulato la sua offerta sulla base della documentazione messa a disposizione dalla stazione appaltante e, quindi, perfettamente conosciuta o almeno conoscibile;

CONSIDERATO che, con riferimento alle divergenze tra le clausole contenute nel capitolato speciale d'appalto e nella bozza di contratto allegata agli atti di gara e quelle contenute nella bozza di contratto trasmessa ai fini della stipula, ed in particolare sulla mancanza dell'indicazione dei termini di pagamento delle fatture, fissati in n.60 giorni dal capitolato speciale, si rileva, da un lato che non è presente alcuna discrasia ma una semplice "lacuna" nella bozza di contratto cui supplisce il termine fissato dal capitolato che costituisce, come noto, allegato del contratto stesso e, dall'altro, che la mancata riproduzione della clausola determina, in ultima battuta, l'eventuale applicazione della disciplina ordinaria (più favorevole) di cui al d.lgs. 192/2012 che, conformemente a quanto già previsto dal d.lgs. 231/2002, fissa in 30 giorni il termine per il pagamento delle fatture;

VISTO che, con riferimento alla divergenza contrattuale in merito alla cedibilità dei crediti, deve rilevarsi che il contenuto della bozza di contratto trasmessa ai fini della stipula non appare affatto pacifico perché, se da un lato l'art. 12, comma 3 della bozza di contratto prevede il divieto della cessione dei crediti, il successivo comma 4 stabilisce che "*L'appaltatore ha comunicato i soggetti, indicati al successivo art. 14, che sono autorizzati a riscuotere, ricevere e quietanzare la somma ricevuta in conto o saldo anche per effetto di eventuali cessioni di credito preventivamente riconosciuti dall'Amministrazione Aggiudicatrice*" e che, d'altro canto, lo stesso Capitolato speciale d'appalto assegna alla Stazione appaltante la facoltà di rifiutare la cessione del credito entro il termine di quindici giorni dalla notifica, così sancendo la non completa disponibilità di diritto del credito da parte dell'affidatario;



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

RILEVATO, peraltro, che, sebbene la disciplina in tema di credibilità dei crediti costituisca un elemento essenziale, la cui modifica nel senso del divieto può avere un impatto importante sull'impresa appaltatrice, la Soc. GR Group non ha mai segnalato alla Stazione Appaltante tale discrasia tra gli atti di gara e la bozza del contratto, limitandosi a indicarla a motivo della rinuncia all'aggiudicazione e che, pertanto, per stabilire se la mancata stipula del contratto sia dovuta a fatto dell'aggiudicatario, la S.A. dovrebbe previamente offrirsi di adeguare la bozza di contratto a quanto stabilito negli atti di gara e che, solo nell'ipotesi in cui, anche a seguito di tale puntuale modifica, la Soc. GR Group si rifiutasse ancora di stipulare il contratto, si potrebbe ritenere integrato il presupposto che l'art. 93, comma 6 del d.lgs. 50/2016 fissa per la legittima escussione della garanzia provvisoria;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- la Stazione appaltante è tenuta ad adeguare la bozza dello stipulando contratto a quanto previsto negli atti di gara con riferimento alla credibilità dei crediti e, solo nell'ipotesi in cui l'aggiudicatario rifiuti ancora la stipula, potrà ritenersi legittima l'escussione della cauzione provvisoria ex art. 93, comma 6 del d.lgs. 50/2016.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 giugno 2019

Per il Segretario, Rosetta Greco