



## DELIBERA N. 884

28 ottobre 2020.

**Oggetto** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Promo Rigenera S.r.l. – Procedura RDO 2605929 per la fornitura toner e drumm per gli uffici giudicanti del distretto di Perugia II quadrimestre 2020. Importo a base di gara euro: 20.600,00. S.A.: Corte di Appello di Perugia.  
PREC 209/20/F

### Riferimenti normativi

Art. 93 d.lgs. 50/2016 e s.m.i.

### Parole chiave

Garanzia provvisoria – previsione a pena di esclusione nella *lex specialis* – autovincolo

### Massima

Le indicazioni e le prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara, vincolano al rispetto di esse i concorrenti e al tempo stesso, autovincolano la stazione appaltante. Nel caso di richiesta a pena di esclusione, di garanzia provvisoria ai sensi dell'articolo 93 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. la stazione appaltante è tenuta alla verifica della produzione della richiesta documentazione da parte del concorrente e, in assenza, alla conseguente esclusione di esso.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione  
nell'adunanza del 28 ottobre 2020

## DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 73087 del 5.10.2020 presentata dalla società Promo Rigenera S.r.l. relativamente alla procedura RDO 2605929 per la fornitura di toner e drumm per gli uffici giudicanti del distretto di Perugia II quadrimestre 2020, bandita dalla Corte di Appello di Perugia;



VISTE in particolare le censure mosse da parte istante circa la presunta illegittima aggiudicazione disposta nei confronti della società Tecno Office Snc in quanto risulta non aver prodotto nella propria offerta la necessaria fidejussione provvisoria, così come richiesta nella *lex specialis* a pena di esclusione. Risulta, infatti che, a seguito delle disposizioni introdotte dal decreto legge "Semplificazioni", con riferimento all'art. 93, d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante abbia ritenuto, di non dover attivare nessun soccorso istruttorio nei confronti dell'aggiudicataria risultata sprovvista della fidejussione provvisoria così come indicata nel bando di gara in quanto la disposizione normativa richiamata ne prevede ora l'esonero;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 12.10.2020;

VISTE le controdeduzioni inoltrate dalla stazione appaltante in data 15.10.2020 con le quali la stessa ribadisce la correttezza del proprio operato, precisando che la procedura *de qua* corrisponde a una seconda rinnovata procedura, successiva a quella bandita in data 02.07.2020, andata deserta, e che, per un errore materiale riporta ancora il richiamo alla richiesta della garanzia provvisoria. Ritiene la Corte di Appello di Perugia che per l'intervenuta disposizione ex art. 1, comma 4, d.l. 76/2020 poi convertito con legge n. 120/2020, tale richiesta non fosse più necessaria così, rappresenta che: *"in sede di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, quando è risultata la mancanza, tra i documenti della Tecno Office snc, della garanzia provvisoria si è ritenuto doveroso e necessario non tenerne conto, in quanto requisito in contrasto con la nuova recentissima normativa relativa ai contratti sotto soglia"*. Evidenzia, altresì che il suddetto richiamo alla garanzia provvisoria sia un chiaro refuso in quanto, proprio dalla disciplina di gara non si evince l'eventuale ricorrenza alle "particolari esigenze" richieste dalla disposizione sopra citata tale da giustificare la presenza;

VISTE le memorie inoltrate dalla controinteressata Tecno Office snc con le quali essa contesta le censure avanzate da parte istante rappresentando che il comma 8 dell'art. 93, d.lgs. 50/2016, così come novellato dal d.lgs. 57/2017 ha stabilito per le micro, piccole e medie imprese l'esonero dall'obbligo di presentazione della garanzia fidejussoria. Pertanto, ritiene che la dichiarazione presentata in sede di offerta circa il possesso dei requisiti richiesti e da dove si evince la qualifica di microimpresa sia tale da giustificare l'esonero dalla presentazione della garanzia provvisoria.

VISTA la memoria di replica presentata dalla società istante la quale ribadisce le proprie doglianze in ordine alla presunta illegittima aggiudicazione disposta in favore della tecno Office snc evidenziando come quest'ultima abbia fornito una non corretta interpretazione della disciplina relativa alla garanzia provvisoria confondendola con l'impegno a fornire la garanzia definitiva qualora aggiudicatario così come indicato al comma 8 dell'art. 93 del Codice dei Contratti;

CONSIDERATO che giova richiamare preliminarmente quanto disposto dall'art. 93, comma 8 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i laddove si prevede che: *"L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fidejussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fidejussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario. Il presente comma non si applica alle micro-imprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese"*;

CONSIDERATO che risulta che la stazione appaltante, nella lettera di invito, abbia previsto nella "documentazione amministrativa" - "Busta A virtuale" che fosse inserita a pena di esclusione, tra l'altro, la garanzia provvisoria a corredo dell'offerta sotto forma di cauzione o di fidejussione bancaria o polizza fidejussoria assicurativa, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 93 del D.lgs. 50/2016, pari al 2% del prezzo base indicato nella presente lettera d'invito;



RILEVATO in generale che con riferimento agli atti di gara che costituiscono la *lex specialis* della procedura, le indicazioni e prescrizioni ivi contenute che regolano la gara, vincolano al suo rispetto i concorrenti, al tempo stesso, autovincolano la stazione appaltante;

CONSIDERATO che giova richiamare quanto disposto dall'art. 1, comma 4, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, come convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, laddove è previsto che *"Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93"*.

RILEVATO che la suddetta previsione, contenuta nel decreto "Semplificazioni" è entrata in vigore il 17 luglio 2020 e, successivamente alla conversione in legge, il 14 settembre 2020, reca una disciplina derogatoria al sistema ordinario concedendo alla stazione appaltante la facoltà di ricorrervi e fino alla data del 31 luglio 2021 (poi modificata in sede di conversione con differimento al 31 dicembre 2021);

RITENUTO, pertanto che, nel caso di specie, emerge che gli atti di gara oggetto di odierna contestazione siano stati definitivi mediante RDO del 21 luglio 2020 e che, la stazione appaltante nel richiedere espressamente a pena di esclusione la presentazione di una garanzia provvisoria a corredo dell'offerta e facendo richiamo a quanto contemplato all'art. 93 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i., si è autovincolata alla propria scelta con la conseguenza che era tenuta a verificare che i concorrenti soddisfacessero siffatta richiesta. Ciò assume non di meno rilievo anche in termini di *par condicio* nel senso che se il previsto esonero dalla presentazione della garanzia provvisoria, come ritenuto dalla stazione appaltante necessario e doveroso per l'intervenuta novella normativa, fosse stato però reso noto nei tempi e nelle forme idonee dalla stazione appaltante a tutti i concorrenti, ciò avrebbe consentito forse una maggiore platea di concorrenti (rispetto alle sole due imprese risultanti partecipanti) ovvero una partecipazione meno gravosa per taluni;

RILEVATO, dunque che la giustificazione addotta dalla controinteressata nella propria memoria non coglie nel segno in quanto l'esonero richiamato in base al proprio status di micro-impresa deve necessariamente riferirsi a quell'impegno del fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto ai sensi degli articoli 103 e 104 d.lgs. 50/2016;

CONSIDERATO, infine che, relativamente alla cauzione provvisoria e all'esperibilità del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016 e s.m.i., l'Autorità ha più volte affermato che tale istituto trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di *par condicio* (cfr. Delibera n.339 del 28 marzo 2018; Delibera n. 372 del 17 aprile 2019);

CONSIDERATO altresì l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in tema di soccorso istruttorio e cauzione provvisoria che ha riconosciuto possibile l'applicazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. a tutti quei casi di mancata presentazione della cauzione provvisoria o in presenza di vizi della stessa (*ex multis* cfr. Cons. Stato, Sez. V, sentenza n. 1846 del 23 marzo 2018),

RITENUTO, quindi che la valutazione effettuata dalla stazione appaltante circa la mancata applicazione del soccorso istruttorio alla fattispecie in esame appare corretta ma limitatamente alla sola ipotesi che non potesse trovare applicazione il suddetto istituto, acclarata l'assenza della costituzione della garanzia provvisoria, con conseguente necessaria applicazione del provvedimento espulsivo a carico della concorrente sprovvista,



Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non sia conforme alla normativa di settore.

Il Presidente

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 3 novembre 2020

Per il Segretario Maria Esposito

*Rosetta Greco*

*(firmato digitalmente)*