



DELIBERA N. 572

1 luglio 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 Ispettorato Territoriale del Lavoro di Lecce – RDO su MEPA per l'affidamento della fornitura e messa in opera di mobili e arredi per gli uffici dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Lecce – Sede di Via Giovanni Paolo II n. 3 - Importo a base di gara: euro 140.000 – Criterio di aggiudicazione: prezzo più basso - S.A.: Ispettorato Territoriale di Lecce

PREC 94/2020/F

Riferimenti normativi

Art. 93, d.lgs. n. 50/2016

Art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Garanzia provvisoria – Soccorso istruttorio

Massima

Garanzia provvisoria – Assegno circolare – Impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto – Soccorso istruttorio

In tema di cauzione provvisoria e di dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, il soccorso istruttorio trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alle stesse, a condizione che siano state costituite alla data di presentazione delle offerte, diversamente determinandosi una violazione della *par condicio* dei concorrenti.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 1 luglio 2020

DELIBERA

Vista l'istanza prot. n. 34514 del 12/05/2020 con la quale l'Ispettorato Territoriale del Lavoro di Lecce, nell'ambito della procedura negoziata in oggetto, domanda all'Autorità di esprimere parere sulla legittimità dell'esclusione della ditta DI.GI.TECH per aver presentato la garanzia fideiussoria assicurativa non conforme all'art. 6 del disciplinare di gara; in particolare, considerata la richiesta della ditta esclusa di trasmettere tardivamente un assegno circolare in luogo della garanzia richiesta, l'Ispettorato domanda all'Autorità se possa esercitare il soccorso istruttorio al fine di consentire alla ditta esclusa di produrre copia di assegno circolare a titolo di cauzione provvisoria, con data 25/10/2019, che risulta non soddisfare quanto richiesto dall'art. 6, comma 2, del disciplinare in relazione all'impegno del fideiussore di rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione del contratto;

Visto l'avvio del procedimento comunicato alle parti interessate con nota prot. n. 35865 del 18/05/2020;

Viste le memorie e la documentazione trasmesse dalle parti interessate;

Visti gli artt. 83, comma 9 e 93, d.lgs. n. 50/2016;

Visto l'art. 6 del disciplinare di gara rubricato *Garanzia provvisoria* che prescriveva a carico dei concorrenti, ai fini della partecipazione alla gara, l'obbligo di prestare una garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 93, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, pari al 2% dell'importo dell'affidamento, da presentarsi nella forma della fideiussione bancaria o assicurativa, corredata a pena di esclusione dalla dichiarazione di un istituto bancario o assicurativo o di altro soggetto di cui all'art. 93, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 contenente l'impegno a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto in caso di aggiudicazione;

Visto l'art. 7 del disciplinare di gara rubricato *Documenti da presentare per la partecipazione – modalità di presentazione dell'offerta* che, nell'elencare alla lettera A la "Documentazione da inserire nella busta virtuale amministrativa, a pena di esclusione", vi inseriva anche alla lettera A.3) la garanzia provvisoria pari al 2% dell'importo a base di gara, rinviando per la disciplina all'art. 6 del disciplinare stesso;

Considerato che in data 25/10/2019 è stato emesso assegno circolare n. 4059194624 da parte della Banca Credito Cooperativo di Leverano del valore di euro 2.800 a favore dell'Ispettorato del Lavoro di Lecce a titolo di cauzione provvisoria per la partecipazione alla procedura di gara, che sarebbe stato emesso allo scopo di garantire la serietà e la congruenza dell'offerta economica;

Considerato che, ai sensi dell'art. 93, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, fermo restando il limite all'utilizzo del contante di cui all'art. 49, comma 1, d.lgs. n. 231/2007, la cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, tra l'altro anche in assegni circolari, a titolo di pegno in favore dell'amministrazione;

Considerato che, ai sensi dell'art. 6 del disciplinare di gara, in conformità alla previsione dell'art. 93, comma 8, primo periodo, d.lgs. n. 60/2016, l'offerta doveva essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto;



Considerato che, in tema di cauzione provvisoria, l'Autorità ha più volte affermato che il soccorso istruttorio trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione stessa, a condizione che essa sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, al fine di scongiurare la violazione del principio di *par condicio* (tra gli altri, si vedano: Delibera n. 339 del 28/03/2018; Bando-Tipo n. 1/2017; in particolare, il Bando-Tipo n. 1/2017 ha indicato che è «sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti prima della presentazione dell'offerta»;

Considerato che l'orientamento dell'Autorità è in linea con la giurisprudenza amministrativa secondo cui il soccorso istruttorio può essere esperito positivamente «solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria, come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione» (cfr. Cons. Stato, sez. V, 04/12/2019, n. 8296 che conferma: Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; V, 22 ottobre 2018, n. 6005; V, 26 luglio 2016, n. 3372).

Considerato che la garanzia consistente nell'assegno circolare, non prodotto in gara, ma preesistente alla data prevista per la presentazione delle offerte, risulta carente di un elemento essenziale, vale a dire l'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva per l'esecuzione del contratto né tale impegno risulta dalla documentazione in atti;

Ritenuto che se l'assegno circolare, con data antecedente la scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, avrebbe potuto essere prodotto in sede di soccorso istruttorio, in ogni caso la produzione del documento non avrebbe effetti sananti rispetto alla mancanza della dichiarazione di impegno dell'istituto bancario o di altro fideiussore, diversamente ammettendosi la formazione di un atto previsto a pena di esclusione in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte con violazione della *par condicio* dei concorrenti;

Ritenuto che, pertanto, la mancanza della dichiarazione del fideiussore relativa alla cauzione per l'esecuzione del contratto non può essere sanata in sede di soccorso istruttorio, in ragione della totale assenza della dichiarazione, con conseguente conformità alla normativa di settore del provvedimento di esclusione adottato;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione della ditta DI.GI.TECH sia legittima in quanto la cauzione provvisoria non accompagnata anche dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, non è sanabile in sede di soccorso istruttorio.

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data
Per il Segretario verbalizzante Maria Esposito
Rosetta Greco
Atto firmato digitalmente