



DELIBERA N. 111

26 marzo 2025

Oggetto

Istanza presentata da Edil Commercio S.r.l. - Procedura di gara n. 62/2024 - DGR XI/5355/21 fondo complementare a PNRR e fondi ALER. Intervento di manutenzione straordinaria per riqualificazione energetica fabbricato in Brescia, via Robusti 2/48 -CUP H81B21009250007 e Montichiari via Venzaga, 10 - CUP H21B21005070007 - Lotto 1 Brescia Via Robusti 2/48 e Lotto 2 Montichiari Via Venzaga, 10. CIG: B4FE8CEEE3 - B4FE8CFFB6 Importo: euro 2.746.034,46 - euro 1.300.002,31 S.A.: Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Brescia-Cremona-Mantova.

UPREC-PRE-0043-2025-L-PREC (FASC. 0750/2025)

Riferimenti normativi

Art. 101 del d.lgs. n. 36/2023

Art. 107, co. 3 del d.lgs n. 36/2023

Art. 101 e art. 107, co. 3 del d.lgs 36/2023

Parole chiave

Appalto – soccorso istruttorio – polizza fideiussoria – inversione procedimentale – legittimità .

Massima

Non massimabile



Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 26 marzo 2025

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 22002 del 11.2.2025, con la quale la società Edil Commercio s.r.l. contesta, con una prima doglianza, la legittimità della decisione della Stazione appaltante ALER - Brescia - Mantova - Cremona di escludere, a seguito di soccorso istruttorio, l'o.e. per il mancato possesso della cauzione provvisoria costituita prima della presentazione delle offerte. In subordine, viene altresì censurata da parte della Edil Commercio s.r.l. la legittimità della inversione procedimentale disposta ai sensi dell'art. 107, co. 3 del d.lgs 36/2023;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 17.2.2025, con nota prot. 25054;

VISTA la documentazione in atti e le memorie prodotte dalle parti;

PRESO ATTO che, con riferimento alla prima doglianza, secondo la società istante l'esclusione disposta dalla ALER deve ritenersi illegittima in quanto la polizza fideiussoria prodotta, sia in sede di partecipazione, che in sede di soccorso istruttorio, sarebbe stata predisposta per entrambi i lotti alla data del 17.1.2025, pertanto la cauzione risulterebbe costituita anteriormente al termine di scadenza delle offerte previsto per il giorno 20.1.2025;

RILEVATO che per valutare correttamente la doglianza occorre ricostruire necessariamente la vicenda per come si sono sviluppati i fatti, al riguardo, va innanzitutto premesso, che la procedura "*Intervento di manutenzione straordinaria per riqualificazione energetica fabbricato in Brescia, via Robusti 2/48 -CUP H81B21009250007 e Montichiari via Venzaga*" è stata divisa in due lotti: il lotto 1 è riferito al fabbricato sito in Brescia – Via Robusti, mentre il lotto 2 riguarda il fabbricato sito a Montichiari – via Venzaga;

CONSIDERATO che la lex specialis, segnatamente l'art. 9 del disciplinare di gara, prevede con riguardo alla cauzione provvisoria che "*cauzioni – l'offerta è corredata, a pena di esclusione, da una garanzia provvisoria una per ogni lotto*



*a quale si partecipa pari al 1% del valore complessivo di ogni lotto e precisamente di importo pari ad **Lotto 1** € 27.460,35 **Lotto 1** 13.000,02. Non si applicano le riduzioni di cui all'art. 106, co. 8 del d.lgs 36/2023'. Inoltre, sempre la stessa disposizione prevede che "è sanabile mediante soccorso istruttorio la mancata presentazione della garanzia provvisoria solo a condizione che sia stata già costituita prima della presentazione delle offerte";*

PRESO ATTO che l'o.e. istante ha - tempestivamente - partecipato ad entrambi i lotti della procedura de qua, ma che la polizza fideiussoria depositata in tale momento, individuata con il documento n. 06/01/01/3214676, emesso in data 17.1.2025 e di importo pari a € 13.730,18, era specificamente riferita a "*intervento di manutenzione straordinaria per la riqualificazione energetica lotto 1 fabbricato in Brescia via Robusti 2/48 - CIG B4FE8CEEE3. Alla presente garanzia si applicano le riduzioni previste dall'articolo 106, comma 8 (d.lgs 36/2023)*", mentre dai riscontri documentali non risulta essere stata prodotta analoga garanzia riferita espressamente anche al lotto 2;

RILEVATO quanto sopra, pertanto, in data 22.1.2025, la ditta riceveva richiesta di soccorso istruttorio da parte di ALER e veniva invitata, tra le altre cose, a depositare la garanzia provvisoria riferita anche al lotto n.2, stante l'evidenza – si ribadisce – che la polizza depositata in sede di offerta era chiaramente riferita al solo lotto n. 1. In ottemperanza a tale richiesta di soccorso istruttorio, l'o.e. trasmetteva la documentazione, tra cui un documento indicato come "*Appendice 1 al Numero Atto 06/01/01/3214676*" emesso in data 24.1.2025 e di importo pari a € 13.000,03, che era specificamente riferito a "*intervento di manutenzione straordinaria per la riqualificazione energetica lotto 2 fabbricato in MONTICHIARI via VENZAGA 10 - CIG B4FE8CFFB6*";

PRESO ATTO che la stazione appaltante a questo punto, al fine di ottenere chiarimenti definitivi sulla vicenda, richiedeva che l'o.e. depositasse entrambe le polizze fideiussorie riferite a tutti e due i lotti "*costituite prima della presentazione dell'offerta*", a cui l'o.e. replicava trasmettendo di nuovo entrambe le polizze sopra descritte. Contestualmente, l'o.e. precisava che per effetto del refuso contenuto nell'art. 9 della lex specialis sopra richiamato, secondo cui viene prevista due volte l'indicazione "lotto 1" nella quantificazione della garanzia (invece che una volta lotto 1 e una volta lotto 2),



ciò avrebbe ingenerato confusione nella compagnia di Assicurazione nel predisporre la polizza, "*per cui successivamente alla Vs. richiesta di soccorso istruttorio sentita la compagnia ed inviato alla stessa la Vs. nota, la compagnia ha provveduto a confermare la polizza emessa in data 17/01/2025 per il lotto 2 ed emettere relativa appendice n. 1 relativa all'atto n. 06/01/01/3214676*";

CONSIDERATO quanto sopra, la stazione appaltante ha tuttavia ritenuto che solo per il lotto n. 1 l'o.e. fosse in possesso della dovuta garanzia fideiussoria costituita prima della scadenza delle offerte e pertanto ne ha disposto l'esclusione dal lotto n. 2 con provvedimento la cui legittimità e correttezza costituisce oggetto dell'odierno procedimento;

PRESO ATTO di quanto sopra descritto, con riferimento alla prima doglianza, la condotta della ALER appare condivisibile e parimenti priva di censure. A sostegno di ciò, va innanzitutto precisato che la doppia indicazione del "lotto n. 1" (in luogo anche del Lotto n. 2) contenuta nel citato art. 9 della lex specialis, sebbene costituisca – come riconosciuto dallo stesso istante - un refuso, tuttavia, stante la sua evidenza, tale inesattezza non appare in grado di poter indurre in errore un soggetto che agisca attraverso l'utilizzo di una diligenza media: come emerge dal contenuto dispositivo della previsione de qua nel suo complesso (che sancisce nel concreto la necessità della costituzione di una cauzione provvisoria pari al 1% del "*valore complessivo di ogni lotto*"), non può ragionevolmente ammettersi ogni interpretazione diversa da quella di dover tempestivamente produrre una cauzione per ogni lotto a cui si avesse avuto intenzione di partecipare. La circostanza che l'o.e. istante avesse partecipato ad entrambi i lotti, peraltro, depone nel senso che non vi poteva essere nemmeno alcuna confusione sulla divisione in due parti della procedura stessa, per cui il refuso contenuto nel citato art. 9 non può – ragionevolmente e sempre con l'uso della diligenza richiesta in tali casi – giustificare l'errore in cui l'istante afferma essere incorsa la compagnia assicurativa che ha rilasciato la cauzione. In via dirimente, infine, si osserva che, alla luce del generale principio di autoresponsabilità del concorrente, lo stesso avrebbe dovuto prestare una maggiore attenzione nella predisposizione della documentazione allegata all'offerta e correggere gli eventuali errori in cui fossero incorsi i propri collaboratori: come è noto ciascun concorrente sopporta le conseguenze di eventuali e possibili errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella



presentazione della documentazione, di conseguenza, l'operatore economico che partecipa ad una procedura di gara, soggiace a particolari obblighi di diligenza che devono essere osservati nei rapporti con l'amministrazione (*ex multis* Cons. Stato V, sent. n. 2372 del 12.3.2014);

CONSIDERATO inoltre che, nel merito della questione, non pare sussistano dubbi che la polizza predisposta tempestivamente è solo quella riferita al lotto n. 1, mentre quella relativa al secondo lotto, nemmeno indirettamente come vorrebbe sostenere l'istante, può invece considerarsi antecedente alla scadenza dell'offerta (20.1.2025): è proprio dallo stesso documento, prodotto in sede di soccorso istruttorio, da cui si evince la sua data di emanazione, risalente al 24.1.2025. Altrettanto prive di pregio, inoltre, appaiono le osservazioni difensive secondo cui la polizza riferita al lotto n. 2 rappresenti una mera appendice di quella del lotto n. 1, in quanto la polizza presentata in sede di offerta era – come condivisibilmente osservato dalla stazione appaltante e risultante dall'evidenza dei fatti – esclusivamente riferita al solo lotto n. 1, sia per l'importo, che nella descrizione dell'intervento per cui era stata emanata. Sulla base di tale rilievo, pertanto, si deve escludere che la polizza depositata in sede di offerta fosse riferibile ad entrambi i lotti, con l'effetto che l'attribuzione alla cauzione riferita al lotto n. 2 dello stesso numero di polizza e della definizione di "appendice", appare invero un elemento meramente formale privo di rilevanza concreta, quando dall'evidenza dei fatti emerge che è senza dubbio più corretto ritenerla alla stregua di una diversa stipulazione, non condividendo con la prima cauzione, né l'importo, né tanto meno l'oggetto della copertura. Per mero tuziorismo, infine, va altresì sollevato più di un dubbio anche sulla correttezza dell'importo della prima polizza, giacché la dimidiazione ex art. 106, co. 8 del codice era stata espressamente esclusa dalla *lex specialis* e, nonostante ciò, applicata dall'o.e.;

RITENUTO che, in conclusione sulla doglianza, la condotta della stazione appaltante risulta corretta alla luce del principio per cui il soccorso istruttorio, relativamente al deposito della cauzione provvisoria, debba ritenersi possibile e valido solo laddove la cauzione de qua abbia data certa anteriore a quella di presentazione delle offerte, sanando così solo una mera carenza formale. Come osservato dalla giurisprudenza di riferimento infatti "*il soccorso istruttorio non va a buon fine e l'operatore economico deve essere escluso se,*



come nella fattispecie in esame, la cauzione provvisoria è stata formata successivamente al termine per la presentazione delle offerte, poiché la circostanza che si consenta ad uno degli operatori di giovare di un termine più lungo per l'acquisizione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, potendo ad esempio spuntare condizioni economiche più favorevoli, determina una lesione della par condicio dei concorrenti' (ex multis Cons. Stato V, sent. 12.2.2024 n. 1365);

RITENUTO infine che, con la seconda doglianza, l'o.e. censura, senza tuttavia evidenziare specifici profili di illegittimità, la inversione procedimentale disposta dalla stazione appaltante, a tale riguardo, si osserva che l'istituto in esame ai sensi dell'art. 106, co. 8 del d.lgs 36/2023 costituisce una precipua facoltà della stazione appaltante e nel caso di specie non è dato ravvisare alcuna criticità al riguardo;

Il Consiglio

ritiene, sulla base di tutte le motivazioni che precedono, che l'operato della Stazione appaltante sia conforme alla disciplina normativa in materia di soccorso istruttorio per l'acquisizione delle garanzie provvisorie.

Il Presidente
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 31 marzo 2025

Il Segretario Valentina Angelucci

Firmato digitalmente