



DELIBERA N. 764

24 novembre 2021.

Oggetto

Istanza congiunta di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da T.A.V.A. di Angelo Trunfio & C. S.r.l. e dal Comune di Sant'Angelo dei Lombardi – Miglioramento sismico dell'edificio pubblico strategico sede del Comune di Sant'Angelo dei Lombardi – Importo a base di gara: euro 741.604,87 – S.A. Comune di Sant'Angelo dei Lombardi (AV)

PREC 220/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 93 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Garanzie - cauzione provvisoria - esclusione

Massima

Mancata presentazione della cauzione provvisoria – assenza di previsione nella *lex specialis* - esclusione non conforme

In assenza di una clausola della *lex specialis* che richieda la cauzione provvisoria quale elemento essenziale della domanda di partecipazione, la S.A. non può sanzionare con l'esclusione gli operatori economici partecipanti che non hanno presentato tale garanzia.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 24 novembre 2021



DELIBERA

Considerato in fatto

Con istanza congiunta acquisita al prot. n. 75379 del 18 ottobre 2021, reiterata a firma di soggetto a ciò legittimato con nota prot. 79222 del 3 novembre 2021, la T.A.V.A. di Angelo Trunfio & C. S.r.l. e la stazione appaltante Comune di Sant'Angelo dei Lombardi chiedono parere all'Autorità con riguardo all'aggiudicazione a favore dell'ATI Langella S.r.l. - Brigante Engineering S.r.l., nonché all'assegnazione del secondo posto in graduatoria alla DI.GI. Lavori S.r.l., nella gara espletata dal Comune avente ad oggetto il "Miglioramento sismico dell'edificio pubblico strategico sede del Comune di Sant'Angelo dei Lombardi". In particolare, l'esito della gara è contestato dalla T.A.V.A. di Angelo Trunfio & C. S.r.l., giunta terza in graduatoria, che a seguito di accesso agli atti si avvedeva che gli operatori economici primi due classificati non avevano presentato la cauzione provvisoria, e per tale motivo sostiene che essi dovevano essere esclusi. L'o.e. istante osserva in proposito che, trattandosi di procedura aperta indetta ai sensi dell'art. 60 d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante non avrebbe potuto invocare l'applicazione dell'art. 1, co. 4 del D.L. 16 luglio 2020, n.76 che esonera dal richiedere le garanzie provvisorie, in quanto tale previsione derogatoria varrebbe solo per le procedure indette ai sensi del medesimo articolo. Inoltre egli rileva che, sebbene il bando di gara non facesse menzione della cauzione provvisoria, essa era prevista dal capitolato di gara.

Il RUP, nel riferire che il capitolato era stato redatto prima dell'entrata in vigore del D.L. 76/2020, precisa che nella redazione del bando di gara si era ritenuto di tenere conto della norma derogatoria, introdotta dal decreto in relazione ai contratti sotto soglia, che consente di non richiedere la garanzia provvisoria.

Il procedimento veniva avviato con nota prot. 79499 del 4 novembre 2021, e reiterato via e-mail nei confronti dell'aggiudicataria Langella S.r.l. in data 8 novembre 2021 a causa di un difetto di ricezione della PEC. Nei cinque giorni successivi assegnati ai controinteressati per le eventuali controdeduzioni, non pervenivano memorie.

Ritenuto in diritto

L'istanza di parere in esame concerne la conformità alla normativa di settore dell'ammissione alla gara dei concorrenti che, al momento della presentazione dell'offerta, non avevano presentato la cauzione provvisoria, ed erano poi giunti ai primi posti in graduatoria.

Preliminarmente occorre evidenziare che l'art. 93 del d.lgs. 50/2016 prevede in via generale che «L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente» (co. 1) [...] «che copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione [...], che viene svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto» (co. 8). Il D.L. 76/2020, convertito dalla legge n. 120/2020, ha poi introdotto una deroga alla norma di cui al citato art. 93 prevedendo, per le gare sotto soglia indette ai sensi del medesimo articolo, che «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 giustificano 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».



Al fine di riscontrare il quesito oggetto della presente istanza occorre pertanto esaminare il tenore delle disposizioni della *lex specialis*, al fine di verificare le prescrizioni dettate dalla stazione appaltante in tema di cauzione provvisoria. Si osserva innanzi tutto che la gara in oggetto si svolgeva tramite procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016 con modalità telematica e che gli unici riferimenti in tema di garanzie rinvenibili all'interno del bando/disciplinare riguardavano l'obbligo, a carico dell'aggiudicatario, di prestare la garanzia definitiva e, all'art. 9 ("Adempimenti richiesti all'affidatario"), la previsione della possibilità di escussione della garanzia provvisoria nel caso di mancata sottoscrizione del contratto. Tuttavia nessun articolo del bando recava disposizioni riguardanti la presentazione della cauzione provvisoria, mentre il capitolato speciale d'appalto, richiamato anche dall'istante, in realtà si limitava a operare un rinvio al bando («agli offerenti è richiesta una cauzione provvisoria, con le modalità e alle condizioni di cui al bando di gara e al disciplinare di gara» (art. 34).

In tema di cauzione provvisoria, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare come, «anche dopo l'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici vada ribadito il principio per cui la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione -salva diversa esplicita previsione della legge di gara- ed è sanabile mediante soccorso istruttorio» (Cons. Stato, V, 16 gennaio 2020, n. 399). E' stato infatti rimarcato che, in tema di garanzie, l'art. 93 del d.lgs. 50/2016, analogamente al precedente art. 75 del d.lgs. 163/2006, non prevede l'esclusione per la mancanza della cauzione provvisoria, a differenza di quanto è stabilito al comma 8 (così come era per il comma 8 dell'art. 75 del d.lgs. 163/2006) in caso di carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva a garanzia dell'esecuzione del contratto (Cons. Stato, VI, 18 luglio 2016, n. 3198, richiamata da Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5138 che ha sottolineato appunto che «in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. 163/2006, la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione, trattandosi di irregolarità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio»).

Ne consegue, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, che «il principio espresso di recente da questa Sezione, V, 4 dicembre 2019, n. 8296, secondo cui il soccorso istruttorio va a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria [...] (è) di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione, va limitato alla sola ipotesi di mancanza di cauzione provvisoria quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda (prevendendosi apposita ed esplicita causa di esclusione, non interpretabile estensivamente)» (Cons. Stato, V, n. 399/2020 cit.).

Nel caso di specie, sulla base del principio appena esposto, non può quindi essere accolta la prospettazione dell'istante che invoca l'esclusione dei concorrenti classificatisi al primo e secondo posto in graduatoria, in quanto nel caso di specie la cauzione provvisoria non era prevista dalla *lex specialis* quale elemento essenziale della domanda di partecipazione a pena di esclusione.

In particolare la S.A. ha rappresentato di aver ritenuto di applicare la norma derogatoria di cui all'art. 1, co. 4 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 che consentiva di non richiedere la garanzia provvisoria, sebbene la gara fosse stata indetta ai sensi dell'art. 60 d.lgs. 50/2016, ed infatti la *lex specialis* non reca previsioni riguardanti la presentazione della cauzione se non un accenno alla possibilità di escussione della garanzia nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario. Dunque, in assenza di una clausola che richiedesse la cauzione provvisoria quale elemento essenziale della domanda, la S.A. non avrebbe potuto sanzionare con l'esclusione gli operatori economici partecipanti.

Pertanto,



Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono, che l'aggiudicazione è conforme alla normativa di settore, in quanto, in assenza di una clausola della *lex specialis* che richiedesse la presentazione della cauzione provvisoria, la S.A. non avrebbe potuto sanzionare con l'esclusione gli operatori economici partecipanti che non l'avevano presentata.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 novembre 2021

Per il Segretario Maria Esposito
Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente