

Parere n. 9 del 19/09/2007

PREC351/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Revival 2000 s.r.l. - lavori di manutenzione straordinaria viadotto Via Cavalcavia e sistemazione viabilità minore. S.A. Comune di Cesena.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

In data 9 luglio 2007 è pervenuta l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'impresa Revival 2000 s.r.l. contesta l'esclusione dalla gara indicata in oggetto, per aver presentato la cauzione provvisoria mediante polizza fideiussoria "contenente clausola di scadenza automatica anticipata della cauzione, contrariamente a quanto espressamente richiesto dal paragrafo VIII, lettera B, punto 4, del bando di gara."

In sede di istruttoria procedimentale, la S.A. ha rappresentato che la disposizione di gara in esame, che richiede la presentazione della cauzione provvisoria con validità di almeno 210 giorni dalla data di scadenza per la presentazione dell'offerta, senza scadenze automatiche anticipate, intende modificare le condizioni generali previste nello schema tipo di cui al D.M. 12.3.2004 n. 123, in particolare relativamente a quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, lettera c) che prevede la cessazione automatica della garanzia qualora il contraente non risulti aggiudicatario.

Ciò in quanto l'articolo 75 del d. Lgs. n. 163/2006, dispone che il bando può prevedere una durata specifica della cauzione e che la stessa abbia efficacia per tutto il tempo ivi previsto, fino allo svincolo da parte dell'amministrazione.

In data 19 settembre 2007 si è tenuta una audizione alla quale gli interessati hanno ritenuto di non partecipare.

Ritenuto in diritto

Ai sensi dell'articolo 253, comma 3 del d. Lgs. n. 163/2006 per i lavori pubblici, fino all'entrata in vigore del regolamento esecutivo, continuano ad applicarsi le disposizioni regolamentari vigenti - tra cui il D.M. 12.3.2004 n. 123- nei limiti di compatibilità con il codice dei contratti pubblici.

Ne consegue che, in sede di predisposizione del bando di gara, l'amministrazione può apporre clausole aggiuntive ad integrazione/modificazione di quelle contenute negli schemi tipo di cui al citato decreto ministeriale, in caso di difformità rispetto alla normativa sopravvenuta, purché non sia vulnerato il principio della *par condicio* dei concorrenti.

Ai sensi dell'articolo 75, comma 9, del d. Lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, alla svincolo della cauzione provvisoria, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia.

La norma, pertanto, non prevede una cessazione automatica della garanzia - come espressamente previsto nei confronti dell'aggiudicatario- ma dispone, a carico dell'amministrazione, l'obbligo di procedere allo svincolo della stessa entro trenta giorni dall'aggiudicazione.

La sottoposizione della cessazione dell'efficacia della garanzia al suo svincolo da parte dell'amministrazione, se può apparire come un aggravamento del procedimento, sembra

trovare giustificazione nel fatto che l'aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell'articolo 11, comma 8 del d. Lgs. n. 163/2006, diviene definitiva ed efficace a seguito della verifica sul possesso dei requisiti, effettuata nei confronti dell'aggiudicatario e del concorrente che segue in graduatoria, secondo quanto previsto dall'articolo 48, comma 2 del d. Lgs. n. 163/2006.

Nel caso in cui gli stessi non forniscano la prova concernente il possesso dei requisiti, si deve procedere alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.

In tale evenienza, subentra la necessità del perdurare dell'efficacia della cauzione provvisoria presentata dai partecipanti alla gara, diversi dal primo e dal secondo in graduatoria.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che l'esclusione dell'impresa Revival 2000 s.r.l. è conforme alle disposizioni di cui all'articolo 75 del d. Lgs. n. 163/2006.

Il Consigliere Relatore: Alessandro Botto

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 1 ottobre 2007