

E' lecita l'esclusione di un'impresa la cui cauzione provvisoria è stata presentata per un importo pari a euro 1.431,50 invece di 1.956.50?L'accertata irregolarità è sanabile ex post?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

L'esclusione è doverosa: intanto perché l'esatta determinazione dell'importo della cauzione era ricavabile, sulla base di semplici operazioni matematiche, dai dati forniti dalla lex specialist e di conseguenza la corretta determinazione del valore dell'importo della cauzione provvisoria rientrava nella diligenza esigibile da ciascuno dei concorrenti, ed inoltre nella fattispecie non risulta applicabile l'articolo 46 del codice dei contratti il quale nel disporre che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, ha codificato un modo di procedere per l'amministrazione, la quale può verificare i requisiti di partecipazione dei concorrenti, sempre che detta verifica ulteriore avvenga nel rispetto della par condicio dei concorrenti. Nel caso in esame, una eventuale richiesta di integrazione documentale da parte della stazione appaltante, si porrebbe in palese violazione del suddetto principio.

Si legga anche:

La garanzia provvisoria risulta finalizzata a fornire un'adeguata tutela delle ragioni creditorie della stazione appaltante, senza che possa ritenersi residuare nei confronti dell'offerente alcun margine di incertezza od opinabilità, o comunque residuare alcuna discrezionalità da parte della stazione appaltante in ordine all'accettazione di una fideiussione di importo inferiore a quello richiesto (l'importo presentato è di euro 31.050,00, inferiore a quanto dovuto pari a E.31.500,00): forse sarebbe stato meglio che se nella polizza provvisoria fosse stato almeno

individuata la percentuale di garanzia richiesta dal bando di gara e non soltanto l'importo in valore assoluto!

La garanzia provvisoria, se di importo inferiore rispetto a quello richiesto, non può essere sanata ex post, è questo il parere espresso dal Tar Puglia, Lecce con la sentenza numero 4278 del 24 agosto 2006 :

< Considerato pertanto che appare ineccepibile il giudizio espresso dalla commissione di gara in ordine alla non ammissione della convenuta per aver costituito una cauzione di importo inferiore a quello richiesto ; tale giudizio risulta altresì supportato da idonea motivazione estrinsecandosi, oltre al richiamo delle tassative disposizioni del bando di gara anche alla considerazione che" la polizza fideiussoria non è un semplice documento, né una dichiarazione di scienza, bensì una dichiarazione di volontà, di effetto costitutivo, con la quale il fideiussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro determinata: pertanto non costituisce una mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale che l'Ente pubblico non solo non può, ma deve rifiutare, quanto meno nell'ambito di un procedimento di gara ad evidenza pubblica, dominato dal principio della par condicio".>

Riportiamo qui di seguito il Parere Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 6/3/2008 n. 70

PREC557/07

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dall'Azienda Ospedaliera C.T.O. Maria Adelaide di Torino - fornitura di dispositivi per apparato respiratorio e di anestesia, dispositivi per apparato gastrointestinale e dispositivi per apparato urogenitale. S.A.: dall'Azienda Ospedaliera C.T.O. Maria Adelaide di Torino.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 17 ottobre 2007 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere indicata in oggetto, con la quale l'Azienda Ospedaliera C.T.O. Maria Adelaide di Torino rappresenta che, nell'ambito dell'affidamento della fornitura in oggetto, una ditta concorrente, la ALFA Italia S.p.A., ha presentato una cauzione provvisoria il cui importo risulta errato. In particolare, l'amministrazione espone che l'importo della cauzione che la concorrente era tenuta a prestare risultava essere di euro 3.913,00. La ditta, essendosi avvalsa della possibilità di ridurre l'importo del cinquanta per cento, ai sensi dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, avrebbe dovuto versare una cauzione dell'importo di euro 1.956.50. Come rilevato dalla commissione di gara, la ALFA Italia S.p.A., avendo presentato una cauzione provvisoria tramite fidejussione bancaria di un importo di euro 1.431,50, inferiore a quello stabilito, è stata di conseguenza esclusa.

L'Azienda Ospedaliera fa presente che la ALFA Italia S.p.A. ha contestato la propria esclusione, sostenendo che l'errato importo costituisce una mera irregolarità non sanzionabile con l'esclusione, ma sanabile mediante richiesta di integrazione documentale.

Ritenuto in diritto

Secondo giurisprudenza costante, la polizza fideiussoria, non costituisce un semplice documento, né una dichiarazione di scienza, bensì una dichiarazione di volontà con la quale il fideiussore si obbliga a pagare al creditore garantito (la stazione appaltante), qualora se ne verificano i presupposti, una somma di denaro predeterminata. Pertanto, l'indicazione di un importo differente, non costituisce una mera irregolarità sanabile mediante una successiva integrazione documentale, la quale determinerebbe una ingiustificata violazione del principio di par condicio tra i concorrenti (si vedano C. di Stato, n. 2095/2006; T.A.R. Lombardia, Brescia, 5 marzo 2007, n. 180; Tar Puglia Lecce, Sez. II, 24 agosto 2006, n. 4278; Tar Lazio Roma, Sez. III, 14 febbraio 2006, n. 1066; Tar Liguria, Sez. II, 2 marzo 2005, n. 310).

Nel caso di specie, l'esatta determinazione dell'importo della cauzione era ricavabile, sulla base di semplici operazioni matematiche, dai dati forniti dalla lex specialis, ove all'allegato A, venivano precisati gli importi della cauzione provvisoria per singolo bene oggetto di fornitura. Pertanto, la corretta determinazione del valore dell'importo della cauzione provvisoria rientrava nella diligenza esigibile da ciascuno dei concorrenti.

In merito alla possibilità per la stazione appaltante di richiedere all'azienda una integrazione documentale, così come suggerito dalla ALFA Italia S.p.A., si rileva che l'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, nel disporre che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, ha codificato un modo di procedere per l'amministrazione, la quale può verificare i requisiti di partecipazione dei concorrenti, sempre che detta verifica ulteriore avvenga nel rispetto della par condicio dei concorrenti. Nel caso in esame, una eventuale richiesta di integrazione documentale da parte della stazione appaltante, si porrebbe in palese violazione del suddetto principio.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

Ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- che la disposta esclusione sia conforme alla lex specialis di gara.

I Consiglieri Relatori Il Presidente

Piero Calandra Luigi Giampaolino

Guido Moutier

Stampa il documento

<https://www.diritto.it/e-lecita-l-esclusione-di-un-impresa-la-cui-cauzione-provvisoria-e-stata-presentata-per-un-importo-pari-a-euro-1-43150-invece-di-1-956-50l-accertata-irregolarita-e-sanabile-ex-post/>