

L'importo della cauzione provvisoria deve tener conto anche degli oneri della sicurezza? qualora le norme di gara non siano chiare, è possibile accettare una regolarizzazione postuma?

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Si rileva come con deliberazione n. 213 del 22 maggio 2001 l'Autorità ha espresso l'avviso che il calcolo del 2 per cento relativo alla cauzione provvisoria di cui all'articolo 30, comma 1 della legge 109/1994 e s.m. deve essere effettuato sull'importo complessivo dei lavori posto a base d'appalto, ivi compreso l'importo relativo agli oneri di sicurezza. Si deve parimenti tener conto, come l'Autorità ha avuto modo più volte di rilevare, l'importanza che i costi della sicurezza rivestono nell'ambito di un appalto e del successivo contratto. Il legislatore, infatti, con la separazione formale e con la evidenziazione dei costi della sicurezza sin dal bando di gara, ha inteso garantire una sicurezza "effettiva" evitando la prassi di raggiungere la remuneratività dell'appalto attraverso gli sconti sulla sicurezza. Se la formulazione dell'articolo 30, comma 1 della legge 109/1994 poteva dare adito a incertezze interpretative, come rilevato da questa Autorità nella deliberazione n. 45/2007, il tenore letterale dell'articolo 75, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 non lascia adito a dubbi, laddove recita "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando". Nel caso di specie, tuttavia, deve rilevarsi come la documentazione di gara non sia chiara, laddove all'art. 4.1.5 del disciplinare per la definizione dell'importo della cauzione rinvia all'allegato 1. Detto allegato presenta una tabella nella quale gli oneri di sicurezza sono scorporati dal valore totale del lotto. Tale tabella, così strutturata, può dare adito a dubbi su come effettuare il calcolo del due per cento della cauzione, non essendo chiaro se lo stesso debba riferirsi all'importo totale del lotto, ovvero all'importo totale decurtato degli oneri di sicurezza. Pertanto, a fronte di un contenuto equivoco o ambiguo della documentazione di gara, è principio costante nella giurisprudenza quello per cui, tra più interpretazioni del bando di gara è da preferire quella che conduce alla partecipazione del maggior numero possibile di aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico, una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte

Si legga anche:

Se il bando non è chiaro, ci possono essere degli errori scusabili nell'importo della cauzione provvisoria

Nell'eventuale incertezza, contraddittorietà e oscurità delle prescrizioni della lex specialis della gara non può non assegnarsi prevalenza a quelle principali, intese in via diretta a fissare le prescrizioni cogenti (e nel caso di specie la misura della cauzione provvisoria rapportata ad una percentuale dell'importo complessivo dei lavori: differenza fra € 293.755,62 del bando e € 294.000,00 della lettera di invito), rispetto ad altre secondarie attinenti alla documentazione, quando peraltro le prime, del tutto coerenti con la disciplina legale, nell'assicurare la dovuta misura della cauzione provvisoria, consentano la più ampia partecipazione alla gara.

Il Tar Puglia, Bari, in tema di presentazione di una cauzione provvisoria pari a € 293.755,62 , corrispondente esattamente al 2% dell'importo a base d'asta a fronte di una (errata) indicazione nella lettera di invito di € 294.000,00 con la sentenza numero 703 del 2006 ci insegna che:

<se anche potesse ipotizzarsi un contrasto effettivo, e non fittizio in quanto riconducibile ad errore materiale, tra la prima conforme serie di previsioni del bando e della lettera d'invito e la isolata previsione della sola lettera d'invito, il principio del favor participationis non potrebbe che indirizzare verso un'interpretazione della lex specialis di gara tesa a salvaguardare l'ammissibilità dell'offerta della ricorrente principale>

Riportiamo qui di seguito il parere numero 144 del 12 maggio 2008 emesso dall' Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture

Parere n. 144

del 8.05.2008

PREC 195-08-S

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata da Poste Italiane S.p.A. - Servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari. S.A.: Poste Italiane S.p.A.

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

In data 22 aprile

2008 è pervenuta all'Autorità l'istanza di parere in oggetto, con la quale Poste Italiane S.p.A. pone due quesiti in relazione alla procedura di affidamento del servizio in oggetto.

In primo luogo rappresenta che le società Agenzia Defendini S.r.l. e TNT Post Italia S.p.A. hanno dichiarato non esservi tra le società rapporti di controllo e/o collegamento anche indiretti, ex art. 2359 c.c. o altre situazioni rilevanti ai fini del consolidamento dei conti ex direttiva 83/349/CEE e art. 25 del D.Lgs. 127/91. Tali dichiarazioni, secondo quanto esposto, sono risultate contrastanti, sia per la società Defendini, così come risulta dalle evidenze già agli atti della stazione appaltante e dalle dichiarazioni fornite da altro soggetto collegato societariamente partecipante alla gara in lotti diversi, (società ARE controllata dalla S.r.l. Defendini), sia per la società TNT Post Italia S.p.A. secondo alcune risultanze costituenti fatto notorio in quanto società facenti parte di un noto gruppo internazionale (S.p.A. TNT Post Italia e S.r.l. TNT Post Milano). In merito a dette evidenze Poste Italiane S.p.A. richiede un parere, considerato che la lettera di invito, al punto 3.1. prevede che "è vietato presentare offerte per il medesimo lotto da parte di imprese tra le quali sussistono rapporti di controllo e/o collegamento, anche indiretti, ex art. 2359 c.c., o di altre situazioni rilevanti ai fini del consolidamento dei conti ex direttiva 83/349/CEE e art. 25 del D.Lgs. 127/91".

In secondo luogo Poste Italiane S.p.A. rappresenta che le cauzioni presentate dalle società Agenzia Recapito Espressi di Buscarino Onofria C. S.A.S. e Agenzia Fulmine S.r.l. e TNT Post Italia S.p.A. presentano un importo calcolato al netto degli oneri di sicurezza. Sul punto Poste Italiane S.p.A. precisa come la lettera di invito non specificasse come dovesse calcolarsi l'importo la cauzione, se al netto o al lordo degli oneri di sicurezza. Richiede, pertanto, se sia possibile disporre una regolarizzazione di dette cauzioni.

A riscontro dell'istruttoria procedimentale condotta da questa Autorità ha presentato osservazioni la TNT Post Italia S.p.A. la quale ha rilevato come, dalle previsioni contenute nella documentazione di gara, sia chiaro che la dichiarazione richiesta circa la sussistenza o meno di rapporti di controllo sia connessa al divieto di presentare offerte per il medesimo lotto da parte di soggetti che siano in qualche modo collegati e/o controllati. Quanto alla questione relativa al deposito cauzionale, la società osserva che il bando non specificava adeguatamente se il 2% dovesse essere calcolato al netto o al lordo degli oneri per la sicurezza. Pertanto, la società ritiene che ove non sia ravvisabile una lesione di un interesse pubblico effettivo, vada concessa dalla stazione appaltante una regolarizzazione delle cauzioni in applicazione del principio del favor participationis.

Ha presentato memoria la società Agenzia Defendini S.r.l., la quale ha esposto di aver presentato l'offerta per i lotti n. 34, 35, 39, 41 e 43, mentre la ARE Agenzia Recapiti Espresso Genova S.r.l. ha presentato offerta per i lotti n. 29, 53 e 61. Di conseguenza, secondo quanto sostenuto dalla società, i rapporti di controllo o collegamento tra le due società rileverebbero se le stesse avessero presentato offerte relativamente agli stessi lotti. Viceversa, il principio di segretezza delle offerte non è stato violato, in quanto le due società hanno partecipato a lotti differenti.

Ha presentato osservazioni la società Agenzia Recapito Espresso di Buscarino Onofria e C. S.n.c. la quale, in merito alla questione relativa alla cauzione, ha rilevato come la formulazione utilizzata da Poste Italiane nella lettera di invito, all'art. 4.5.1. con riferimento alla base di calcolo da utilizzare per la determinazione del deposito cauzionale provvisorio sia ambigua ed equivoca. Pertanto, la società richiede l'ammissibilità della regolarizzazione della cauzione, tenuto conto della non univocità del significato della lettera di invito, suscettibile di diverse interpretazioni, nonché della esiguità della differenza di importo.

Ritenuto in diritto

La gara in esame ad oggetto il servizio di distribuzione e raccolta di corrispondenza e posta non indirizzata ed espletamento di servizi ausiliari, è suddivisa in 41 ambiti territoriali, ognuno costituito da uno o più lotti, per un totale di n. 71 lotti.

Il disciplinare di gara, in applicazione del dettato di cui all'art. 34, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 ha previsto, al paragrafo 3 che "è vietato presentare offerte per il medesimo lotto da parte di imprese tra le quali sussistono rapporti di controllo e/o collegamento, anche indiretti, ex art. 2359 c.c., o di altre situazioni rilevanti ai fini del consolidamento dei conti ex direttiva 83/349/CEE e art. 25 del D.Lgs. 127/91".

Con la previsione citata, la stazione appaltante correttamente ha voluto garantire il rispetto del principio di concorrenza, nonché della segretezza dell'offerta che verrebbe lesa nel caso di partecipazione di partecipazione allo stesso lotto di imprese tra le quali sussistano rapporti di controllo e/o collegamento. Sul punto risulta opportuno, per esigenze di completezza, rammentare come, al fine di assicurare una effettiva tutela della concorrenza, nel caso di raggruppamenti temporanei di imprese, la stazione

appaltante dovrà verificare l'avvenuto rispetto di quanto previsto dall'art. 37, comma 7, del D.Lgs. 163/2006, ai sensi del quale è fatto divieto ai concorrenti di partecipare ai lotti in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare anche in forma individuale qualora abbia partecipato allo stesso lotto in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti.

Alla luce di quanto sopra, non può essere considerata una violazione della lex specialis di gara la posizione di quelle imprese nei confronti delle quali sono emersi controlli o collegamenti con altre imprese, ma che hanno presentato offerte in lotti differenti dalle imprese con le quali sussistono detti rapporti di controllo e/o collegamento. Nella fattispecie in esame, secondo quanto rappresentato sia dalla stazione appaltante, sia dalle imprese, non si è realizzata la partecipazione contemporanea sui medesimi lotti di imprese controllate e collegate, non essendosi, così, integrata una violazione delle previsioni succitate contenute nella documentazione di gara.

Per quanto riguarda il secondo quesito, si rileva come con deliberazione n. 213 del 22 maggio 2001 l'Autorità ha espresso l'avviso che il calcolo del 2 per cento relativo alla cauzione provvisoria di cui all'articolo 30, comma 1 della legge 109/1994 e s.m. deve essere effettuato sull'importo complessivo dei lavori posto a base d'appalto, ivi compreso l'importo relativo agli oneri di sicurezza. Si deve parimenti tener conto, come l'Autorità ha avuto modo più volte di rilevare, l'importanza che i costi della sicurezza rivestono nell'ambito di un appalto e del successivo contratto. Il legislatore, infatti, con la separazione formale e con la evidenziazione dei costi della sicurezza sin dal bando di gara, ha inteso garantire una sicurezza "effettiva" evitando la prassi di raggiungere la remuneratività dell'appalto attraverso gli sconti sulla sicurezza. Se la formulazione dell'articolo 30, comma 1 della legge 109/1994 poteva dare adito a incertezze interpretative, come rilevato da questa Autorità nella deliberazione n. 45/2007, il tenore letterale dell'articolo 75, comma 1 del D.Lgs. n. 163/2006 non lascia adito a dubbi, laddove recita "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando".

Si ritiene, pertanto, di dover confermare l'orientamento assunto dall'Autorità in vigenza del previgente ordinamento di settore, tenuto conto che la cauzione provvisoria è tesa a garantire l'affidabilità e la serietà dell'offerta, non solo sotto il profilo procedimentale della gara, ma anche in relazione all'eventuale successiva aggiudicazione, fino alla stipulazione del contratto, mentre lo scomputo dei costi della sicurezza viene effettuato per evitarne qualsiasi comprimibilità in sede di offerta.

Nel caso di specie, tuttavia, deve rilevarsi come la documentazione di gara non sia chiara, laddove all'art. 4.1.5 del disciplinare per la definizione dell'importo della cauzione rinvia all'allegato 1. Detto allegato presenta una tabella nella quale gli oneri di sicurezza sono scorporati dal valore totale del lotto. Tale tabella, così strutturata, può dare adito a dubbi su come effettuare il calcolo del due per cento della cauzione, non essendo chiaro se lo stesso debba riferirsi all'importo totale del lotto, ovvero all'importo totale decurtato degli oneri di sicurezza. Pertanto, a fronte di un contenuto equivoco o ambiguo della documentazione di gara, è principio costante nella giurisprudenza quello per cui, tra più interpretazioni del bando di gara è da preferire quella che conduce alla partecipazione del maggior numero possibile di

aspiranti, al fine di consentire, nell'interesse pubblico, una selezione più accurata tra un ventaglio più ampio di offerte, (cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. IV, 29 agosto 2001, n. 4572).

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, che:

- si considera conforme alla lex specialis di gara la posizione dell'impresa che ha presentato l'offerta in lotti differenti da quelli in relazione ai quali sono state presentate offerte dalle imprese sue controllate o collegate;

- è possibile per le società che hanno calcolato il due per cento della cauzione sull'importo contrattuale scorporato degli oneri di sicurezza regolarizzare l'importo versato.

I Consiglieri Relatori

Il Presidente

Alessandro Botto

Luigi Giampaolino

Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12.05.2008.

<https://www.diritto.it/l-importo-della-cauzione-provvisoria-deve-tener-conto-anche-degli-oneri-della-sicurezza-qualora-le-norme-di-gara-non-siano-chiare-e-possibile-accettare-una-regolarizzazione-postuma/>