

CITTA' DI RAGUSA

AFFIDAMENTO DEI SERVIZI CIMITERIALI DEL COMUNE DI RAGUSA. TRIENNIO
2018/2020. CIG : 719291553B

VERBALE QUINTA SEDUTA (RISERVATA) DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE

L'anno duemiladiciotto, il giorno 15 del mese di Marzo alle ore 11,00, in Ragusa, nella Residenza Comunale, è presente la Commissione Giudicatrice, costituita e nominata con Determinazione Dirigenziale del Settore VI n. 325 del 01/12/2017, annotata al Registro Generale in data 5 dicembre 2017 con il numero 2194, e segnatamente dal Dirigente del Settore VI Ing. Giuseppe Giuliano, nella qualità di Presidente, e dai Commissari esterni, sorteggiati dall'Ufficio regionale per l'espletamento di gare ed appalti (UREGA) di Ragusa, e precisamente dall'Avv. Pietro Lupo, quale esperto giuridico, e dalla Dott.ssa Giuseppina Bucolo, quale esperta in servizi sanitari e sociali, entrambi iscritti all'Albo Regionale.

La Commissione, così composta, si insedia oggi nelle proprie funzioni per la prosecuzione degli incombenti di gara.

Si prende atto preliminarmente del ricorso avanti il TAR CT della ditta ITALIA soc. coop., acquisito al prot. 23336 del 23.02.18, e della successiva nota prot. 31058 del 14.03.18 dell'Avvocatura Comunale di richiesta di relazionare in merito per la predisposizione degli atti di difesa.

La Commissione nel merito, rileva quanto segue.

Con verbale del 4.01.18, la Commissione ha consentito il soccorso istruttorio, richiedendo alla ricorrente la produzione della cauzione provvisoria, come richiesto al punto 16.c.IV del bando di gara, che così recita:

“ 16. Modalità di presentazione dell'offerta e documenti da produrre:

[...]

IV) La prova della costituzione della garanzia provvisoria, nella misura indicata al precedente punto 11., con le modalità di cui all'art. 93 del Codice.

[...]

Le predette previsioni sono richieste a pena di esclusione [...].

Con successivo verbale del 18.01.18, la Commissione ha escluso il ricorrente, avendo constatato che la garanzia provvisoria “non risulta regolare e conforme alle previsioni del bando, in quanto la data di sottoscrizione è successiva alla data di presentazione delle offerte”, sulla base di un orientamento giurisprudenziale richiamato nella determinazione ANAC n. 1 del 08.01.15.

Secondo tale orientamento, che non è affatto superato, come si avrà modo di dimostrare nel seguito, attraverso l'applicazione del soccorso istruttorio è sanabile “ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del Codice, vale a dire decorra da tale data. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti”.

Ne deriva che l'eventuale provvedimento espulsivo consegue alla valutazione della garanzia provvisoria prodotta a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio. Pertanto, non è affatto illogico procedere all'esclusione dopo l'attivazione del soccorso istruttorio, nell'ipotesi in cui la garanzia provvisoria sia ritenuta non regolare o non conforme alle previsioni del bando.

Ciò appare coerente con la riscrittura della norma di cui all'art. 83 c.9 per effetto dell'entrata in vigore del D. Lgs. 56/17, laddove il c.d. "correttivo" conferma la sanabilità delle sole carenze "formali" degli elementi da produrre in sede di gara e di quelli relativi al Documento di Gara Unico Europeo (D.G.U.E.) ma non anche delle carenze "sostanziali" dei requisiti di partecipazione. Pertanto è emendabile l'errore materiale della mancata allegazione della garanzia provvisoria ma non la mancata costituzione della stessa entro il termine di partecipazione stabilito dal bando.

Per quanto attiene l'attualità dell'orientamento giurisprudenziale cui la Commissione ha inteso aderire, si osserva che:

- a seguito della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 22 dicembre 2017, è ufficialmente entrato in vigore lo scorso 6 gennaio 2018 il Bando-tipo n. 1/2017 di ANAC, approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1228 del 22 Novembre 2017, recante lo schema tipo di disciplinare per l'affidamento, mediante procedura aperta da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, di contratti pubblici di servizi e forniture sopra soglia comunitaria;
- con riferimento all'istituto del soccorso istruttorio, per quanto concerne la mancata produzione della garanzia provvisoria, il bando prevede l'elemento della data certa, il cui onere della prova grava naturalmente sul concorrente.

La formulazione del punto 14 è infatti la seguente:

"[...]

la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (es. mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), entrambi aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta;

[...]".

Sul punto, ANAC ha motivato la propria posizione in seno alla relazione AIR, in particolare al punto 14. Soccorso istruttorio.

Soccorso istruttorio - Garanzia provvisoria – Mancanza - Integrazione - Costituzione ex post

È stato osservato che la mancanza della garanzia provvisoria è sanabile tramite soccorso istruttorio, a prescindere se essa sia stata costituita prima o dopo la presentazione dell'offerta. Viceversa, appare contraddittorio consentire l'integrazione di una garanzia deficitaria che, al pari della mancata garanzia, costituisce causa di esclusione per grave irregolarità: la garanzia carente, di fatto, equivale all'assenza di garanzia. Altresì, se la norma ammette il soccorso istruttorio per la mancanza del DGUE (documento di primaria rilevanza), a maggior ragione deve essere ammesso per la mancanza della garanzia.

Opzione scelta

L'osservazione non può essere accolta. Si è rinvenuto, invero, un isolato caso in giurisprudenza che afferma che non possono essere esclusi da una gara pubblica gli offerenti che abbiano stipulato la cauzione provvisoria dopo la presentazione dell'offerta e (o) dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, nel caso in cui fosse stata presentata una cauzione retroattiva (TAR Basilicata 27 luglio 2017, n. 531). Tale orientamento appare, invero, non condivisibile. Infatti, la garanzia provvisoria deve essere, in ogni caso, costituita prima della data di presentazione dell'offerta, a tutela dell'affidabilità della medesima.

Pertanto ANAC, ben consapevole dell'opposto orientamento giurisprudenziale di cui alla sentenza del TAR Basilicata n. 531/2017, ha recentemente ribadito la propria interpretazione della norma, prevedendo, in seno al bando-tipo, la non sanabilità di garanzie provvisorie costituite dopo il termine di presentazione delle offerte.

Va evidenziato inoltre che il rispetto dei bandi-tipo da parte delle stazioni appaltanti è di fatto vincolante, in quanto l'art. 71 del codice degli appalti prevede che "successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi", tanto che le stazioni appaltanti devono espressamente motivare in ordine alle deroghe nella determinazione a contrarre (ultimo periodo del comma 1 dell'art. 71).

CIO' PREMESSO

LA COMMISSIONE

preso atto che anche in seno al bando-tipo n. 1/2017 di ANAC è ribadita la insanabilità della mancata presentazione della garanzia provvisoria, ove non preesistente e comprovabile con documenti di data certa, riconferma l'esclusione del ricorrente dal prosieguo delle operazioni di gara, peraltro in linea con l'orientamento espresso dalla S.A. nelle precedenti procedure di gara.

Quindi la Commissione riprende l'esame delle offerte tecniche delle imprese rimaste in gara.

IL PRESIDENTE

terminati i lavori, alle ore 13.30, dichiara chiusa la seduta riservata e rinvia la prosecuzione dei lavori per il giorno 12.04.18 alle ore 10,30 in seduta riservata per l'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica.

Successivamente si procederà in seduta pubblica alle ore 12.00 del giorno 12.04.18 per la comunicazione dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e le operazioni consequenziali.

Il Presidente dispone, al contempo, la pubblicazione di apposito avviso sul sito internet dell'ente e l'invio di apposita comunicazione alle imprese concorrenti circa l'ora e la data suddette della seduta pubblica.

Letto, confermato e sottoscritto.

IL PRESIDENTE

I COMMISSARI

D.ssa Bucolo Giuseppina