

## PARERE N. 155 DEL 23 settembre 2015

### PREC 42/15/L

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs.163/2006 presentata dalla S.A. Autorità Portuale di Ancona – Demolizione parziale delle strutture in elevazione costituenti il padiglione espositivo principale dell'ex complesso fieristico in zona Mandracchio nel porto di Ancona – Importo a base di gara: euro 999.903,85 - S.A. Autorità Portuale di Ancona

### **Cauzione provvisoria deficitaria – integrazione – applicabilità della sanzione prevista dal bando**

In caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara. La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata solo nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio.

**Artt. 38, co. 2-bis, 46, co. 1-ter e 75 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163**

### Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n. 110 del 2 gennaio 2015 presentata dalla S.A. Autorità Portuale di Ancona con la quale chiede parere sulla corretta applicazione della sanzione pecuniaria prevista dal bando di gara nel caso di presentazione di cauzione provvisoria deficitaria e successiva richiesta di regolarizzazione, a fronte della quale l'operatore economico decideva di accettare l'esclusione dalla gara senza avvalersi del soccorso istruttorio;

VISTE le memorie della S.A. e dell'operatore economico Vettore Costruzioni e Restauri S.r.l.;

VISTO il bando di gara, che prevedeva alla Sezione V.1 lett. g), in caso di mancanza, incompletezza o altra irregolarità essenziale, il pagamento della sanzione pecuniaria, il cui versamento era garantito dalla cauzione provvisoria;

VISTA la determinazione **n. 1 dell'8 gennaio 2015, recante "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163", nella quale è precisato che** «tenuto conto che il comma 1-ter dell'art. 46 ora consente la sanatoria anche di *elementi* che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), la novella normativa trova applicazione anche con riferimento ad 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»; in ordine all'applicazione della sanzione (par. 1.2) chiarisce che «la sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio. In caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, invece, la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla gara. All'incameramento, in ogni caso, non si dovrà procedere per il caso in cui il concorrente decida semplicemente di non avvalersi del soccorso istruttorio». Come chiarito anche con Comunicato del Presidente del 25 marzo 2015, «la lettura fornita dall'Autorità si è imposta come doverosa sia per evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese sia in ossequio al principio di primazia del diritto comunitario,

che impone di interpretare la normativa interna in modo conforme a quella comunitaria anche in corso di recepimento».

RILEVATO che sulla questione posta può decidersi ai sensi dell'art. 8 del Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

## **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione che:

- In caso di mancata regolarizzazione degli elementi essenziali carenti, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla gara. La sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata solo nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 ottobre 2015

Il Segretario Maria Esposito

Formato pdf