

Prot. n. 33

Spett.le

ANAS S.p.A. Compartimento viabilità Toscana

c.a. **Ing. Antonio Mazzeo** (Capo Compartimento)

c.a. **Dott. Roberto Troccoli** (Dirigente amm.)

c.a. **Ing. Andrea Primicerio** (RUP)

Catania, 13 aprile 2015

Oggetto: bando di gara per lavori di "manutenzione straordinaria per innalzamento livello sicurezza viadotti Melello, Zonche e Mangiacore. S.S. 3 bis Tiberina itinerario E/45 Orte-Ravenna".

Termine offerte e gara: 15 e 16 aprile 2015

Importo: € 4.164.962,58

Con riferimento alla procedura di gara in oggetto, rileviamo quanto segue.

- **Clausola III.1.1 (cauzioni e garanzie richieste):** quale garanzia per il pagamento della sanzione pecuniaria di cui al comma 2 bis art. 38 D.lgs. n. 163/06 è richiesto ai partecipanti la produzione in sede di offerta di un assegno bancario o fideiussione bancaria o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 D.lgs. 385/93. Tale clausola è riprodotta con tenore analogo nel successivo punto 9 della clausola IV.2 del medesimo bando. Altresì, sempre con riferimento alla suddetta garanzia, a pag. 9 del disciplinare punto bbb., è prescritto che l'ANAS procederà all'incameramento dell'assegno circolare allegato a corredo dell'offerta, qualora sarà rilevata dalla Commissione di gara qualsivoglia mancanza, incompletezza e/o altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 bis dell'art. 38 D.lgs. n. 163/06, per le quali il concorrente dichiara di rinunciare a qualsiasi eccezione e/o contestazione. Si osserva che le suddette prescrizioni **contravvengono al disposto dell'art. 38 c. 2 bis e art. 46 c. 1 ter, alla luce dell'interpretazione fornita dall'Autorità naz. Anticorruzione con Delibera n. 1 dell'8 gennaio u.s. e, successivamente ribadita, con Comunicato del Presidente dott. Cantone del 25 marzo u.s.** Segnatamente, l'ANAC ritiene che: 1) riguardo al *quantum* della cauzione, la funzione di garanzia svolta dalla cauzione provvisoria ex art. 75 non determina un aumento del relativo importo; 2) riguardo alla compatibilità dell'art. 38 c. 2-bis D.lgs. n. 163/06 e art. 12 D.lgs. n. 209/2005 (che vieta le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative) e con l'art. 75 D.lgs. n. 163/06 (la garanzia a corredo dell'offerta può essere rilasciata anche sotto forma di fideiussione bancaria o assicurativa), si evidenzia e spiega come il divieto ex art. 12 suddetto non incide

sulla disciplina del nuovo soccorso istruttorio; e soprattutto che 3) la sanzione sarà comminata solo nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del soccorso istruttorio, ergo all'incameramento della cauzione non si può procedere nel caso in cui il concorrente decida di non avvalersi del soccorso istruttorio, non intendendo essere riammesso alla gara.

Conseguentemente, come dalle esplicitate indicazioni ANAC, gli enti appaltanti non dovrebbero né richiedere una duplice cauzione (una provvisoria ex art. 75 e l'altra per l'eventuale pagamento della sanzione, oltretutto di natura bancaria o rilasciata dagli enti appaltanti), né tantomeno poter escutere la cauzione nel caso in cui il concorrente non intenda esser riammesso in gara.

- **Punto 5 Disciplinare e All. n. 3 e n. 4 (avvalimento):** nei modelli da compilare a cura dell'impresa ausiliata, si legge tra le dichiarazioni "di allegare il contratto d'affitto d'azienda (o del ramo d'azienda) corrispondente alle risorse economiche, garanzie, attrezzature, mezzi.....che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che, conseguentemente, saranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell'appalto affinché l'esperienza dell'impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all'impresa ausiliata".

Al riguardo, si suppone che tale dichiarazione debba essere prodotta esclusivamente qualora il concorrente abbia conseguito l'attestazione SOA ex art. 50 D.lgs. n. 163/'06 e art. 88 c. 2 e segg. DPR n. 207/'10, e non nell'ipotesi di avvalimento comunemente inteso e disciplinato dagli art. 49 D.lgs. n. 163/'06 e art. 88 c. 1 DPR n. 207/'10. In merito, chiediamo la cortesia di fornire utili e tempestivi chiarimenti.

Per tutto quanto sopra premesso e considerato, apparendo per i motivi su esposti che la procedura in oggetto viola le disposizioni in materia di contratti pubblici, si chiede a codesto ente appaltante di voler eliminare la denunciata anomalia, rettificando la documentazione di gara nei modi e termini di legge.

In attesa di riscontro, porgiamo distinti saluti.

F.TO Il Direttore
Giovanni Fragola