

DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE N.CIRA- CIRA-DTS-24-4838

OGGETTO: PROCEDURA APERTA, AI SENSI DELL'ART. 71 DEL D.LGS. 36/2023 PER L'AFFIDAMENTO DELLA "FORNITURA E POSA IN OPERA DI UNA AUTOMATED FIBER PLACEMENT (AFP) ROBOTIC CELL" – CIG B22F839D3E

Comunicazione ai sensi dell'art. 90 comma 1 lett. d del D. Lgs. 36/2023 del provvedimento di esclusione

Premesso che

- con determina n°CIRA-DTS-24-2737 in data 19 giugno 2024 è stato autorizzato l'espletamento della procedura per l'affidamento della prestazione in oggetto, ex art. 71 del D. Lgs. 36/2023;
- in data 25 giugno 2024 è stato dato avvio alla procedura.

Considerato che

- entro il termine di scadenza previsto dall'Avviso, ore 17:00 del 10 giugno 2024, sono pervenute a mezzo piattaforma di e-procurement del CIRA le istanze di n°4 operatori economici;
- in data 25 settembre 2024 alle ore 10:30 si è svolta la prima seduta pubblica per l'apertura della documentazione amministrativa;
- in data 15.10.2024 si è proceduto con la verifica nel merito della suddetta documentazione amministrativa;
- in data 21.10.2024 si è proceduto con l'attivazione del c.d. soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 101 D.lgs. 36/23, con scadenza dei termini per la predetta integrazione documentale entro il 30/10/2024, nei confronti di:
 - COMEC INNOVATIVE SRL;
 - ESEA AUTOMATION SRL;
 - BROETJE-AUTOMATION GMBH;
- in particolare, nella documentazione amministrativa presentata dall'operatore economico BROETJE-AUTOMATION GMBH si rilevavano le seguenti carenze:
 - *con riferimento al Modello 1- istanza di partecipazione, non ha compilato tutte le parti pertinenti e di sua competenza;*
 - *con riferimento al DGUE, nella Parte IV: Criteri di selezione non ha compilato la sezione C) Capacità necessaria per verificare il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale così come previsti dal disciplinare di gara all'art. 6.3;*
 - *non ha presentato copia dell'avvenuto pagamento del contributo a favore dell'Anac, così come richiesto dall'art. 11 della lex di gara;*
 - *non ha presentato copia della garanzia provvisoria, così come richiesto dall'art. 10 del disciplinare di gara;*
 - *se si tratta di operatore economico che occupa oltre cinquanta dipendenti: non ha presentato copia dell'ultimo rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile redatto ai sensi dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 198/2006, unitamente all'attestazione di conformità a quello già trasmesso alle rappresentanze sindacali aziendali e ai consiglieri regionali di parità ovvero, in mancanza di tale precedente trasmissione, unitamente all'attestazione della sua contestuale trasmissione alle rappresentanze sindacali aziendali e alla consigliera e al consigliere regionale di parità, così come richiesto all'art. 14 del disciplinare di gara.*
- Le suddette eccezioni sono state sollevate nella predetta forma del c.d. soccorso istruttorio ma, l'operatore, tra le varie, non ha prodotto nei termini e nei modi di cui alla lex di gara e al dettato normativo:

- copia dell'avvenuto pagamento del contributo a favore dell'Anac, così come richiesto dall'art. 11 della lex di gara;
- copia della garanzia provvisoria, così come richiesto dall'art. 10 del disciplinare di gara.

In particolare, relativamente alla cauzione provvisoria, si precisa che l'operatore ha trasmesso, successivamente alla scadenza dei termini perentori di cui alla nota di soccorso istruttorio e a mezzo pec istituzionale, non utilizzando quindi l'ambiente virtuale della piattaforma certificata, una garanzia provvisoria costituita dopo i termini di presentazione delle offerte ma con efficacia retroattiva.

Sul punto si evidenzia che il tenore dell'art 101, I comma, lett. a) del D. Lgs. 36/2023 è abbastanza inequivocabile nella parte in cui afferma che *“la mancata presentazione della garanzia provvisoria, ... è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”*; si tratta, come già detto, di una disposizione che recepisce sostanzialmente l'approdo della giurisprudenza precedente e che presuppone che la garanzia sia stata costituita integralmente prima della scadenza del termine delle offerte, violandosi altrimenti il principio della *par condicio*.

Anche la lex di gara pare pacifica in tal senso, prevedendo altresì all'art. 10 che *“È sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria solo a condizione che sia stata già costituita prima della presentazione dell'offerta”*.

Dello stesso segno è apparsa la giurisprudenza maggioritaria che si è dimostrata ferma nel ritenere, sin dalla vigenza del D.lgs. 50/16 e ss.mm.ii., che *“Nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica il soccorso istruttorio va a buon fine e l'operatore economico può restare in gara solo se la cauzione provvisoria da sanare in via di soccorso e la dichiarazione di impegno alla prestazione della garanzia definitiva siano temporalmente anteriori al termine per la presentazione delle domande di partecipazione”* (T.A.R. Puglia, Bari III, 12.10.2020, n. 1268).

Infatti, in caso contrario, *“Risulterebbe violata la par condicio tra tutti i concorrenti, qualora fosse consentito ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria, formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione e nel termine del soccorso istruttorio, atteso che costui si gioverebbe di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, e così, probabilmente, per la natura onerosa della garanzia, potrebbe spuntare condizioni economiche più favorevoli”* (T.A.R. Campania, Napoli V, 22.6.2020, n. 2529) (...).

Da ultimo è intervenuto altresì il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza del 12.02.2024, n. 1365, che ha definitivamente stabilito che: ***“- il soccorso istruttorio va a buon fine e l'operatore economico resta in gara se la cauzione provvisoria in sanatoria, trasmessa all'esito della comunicazione della stazione appaltante, è di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione; - il soccorso istruttorio non va a buon fine e l'operatore economico deve essere escluso se, come nella fattispecie in esame, la cauzione provvisoria è stata formata successivamente al termine per la presentazione delle offerte, poiché la circostanza che si consenta ad uno degli operatori di giovare di un termine più lungo per l'acquisizione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, potendo ad esempio spuntare condizioni economiche più favorevoli, determina una lesione della par condicio dei concorrenti (ex multis, Cons. Stato, V, 4 dicembre 2019 n. 8296; 2 settembre 2019, n. 6013; 22 ottobre 2018, n. 6005; 26 luglio 2016, n. 3372).”***

Pertanto, alla luce delle considerazioni suesposte, stante il dettato della norma codicistica e della lex di gara, si può concludere ritenendo che la cauzione provvisoria rilasciata in una data successiva al termine di presentazione delle offerte non può essere ritenuta legittima, esponendo così l'offerente all'esclusione dalla gara, per via della violazione del termine essenziale di presentazione dell'offerta.

Visti

- le disposizioni della lex di gara di cui al Disciplinare di Gara prot. n° CIRA-POO-24-0403 e relativi allegati, in particolare il combinato disposto di cui agli artt. 10, 11 e 13;
- il D.lgs. 36/23, in particolare le previsioni normative di cui all'art. 101 e 106;
- il verbale CIRA-VER-24-0351;
- il rilevamento della mancanza di malfunzionamenti della piattaforma da parte del Gestore Net4market, tali da impedire il caricamento della documentazione nei termini di scadenza previsti per il soccorso istruttorio e più in generale stabiliti per la procedura di gara;

Si determina

l'esclusione dell'operatore economico BROETJE-AUTOMATION GMBH dalla procedura in oggetto, per i motivi sopra citati, di cui al verbale CIRA-VER-24-0395

Capua, 03 dicembre 2024

Il Responsabile del Procedimento
per la fase di Affidamento
Ing. Marcello Amato

Il Responsabile Unico di Progetto
Ing. Stefania Cantoni