

TAR Veneto, Sezione Prima, Sentenza n. 769 del 20 maggio 2025

Appalti pubblici – Integrazione importo garanzia provvisoria – Soccorso istruttorio – Ammissibile a prescindere da valutazione di affidabilità OE

Publicato il 20/05/2025

N. 00769/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01557/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1557 del 2024, proposto da (...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...) s.p.a. e (...) s.p.a., nelle persone dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con mandanti (...) s.r.l. e (...) s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della Determinazione n. 301 del 14.11.2024 di aggiudicazione dell'appalto n. G24-L5769 al R.T.I. costituendo (...) s.p.a., (...) s.r.l. e (...) s.r.l.;
 - per quanto occorrere possa, di tutti gli atti di gara, ivi compreso il bando di gara pubblicato in data 24.07.2024, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto codice gara n. G24-L5769;
 - della determina del Direttore Generale n. 223 del 17.09.2024 con cui è stato nominato il Seggio di gara e della determina del Direttore Generale n. 224 del 17.09.2024 con cui è stata nominata la Commissione giudicatrice;
 - di tutti i verbali di gara, nessuno escluso, del 17.09.2024 - 18.09.2024 25.09.2024 -27.09.2024 -07.10.2024 -09.10.2024 -10.10.2024;
 - del verbale datato 14.10.2024 del Responsabile del Procedimento in fase di affidamento che ha approvato le operazioni di gara e ha incaricato il Settore Appalti e Acquisti di procedere con la verifica dei requisiti generali e speciali in capo alle imprese componenti il costituendo Raggruppamento Temporaneo risultato miglior offerente;
 - delle *check list* datate 13.11.2024 dei Responsabili dell'istruttoria che hanno concluso con esito positivo la verifica circa il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale e speciale di cui agli artt. 94, 95 e 100 del D.Lgs. n. 36/2023, dichiarati in sede di gara, nei confronti del predetto R.T.I.;
 - dell'avviso esito della gara prot. n. 19021 del 18.11.2024;
 - di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso;
- nonché per la declaratoria di inefficacia, anche retroattiva, del contratto qualora stipulato con le controinteressate e comunque per l'accertamento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro nel contratto eventualmente già concluso;
- e per la condanna dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in

forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente, nella misura che sarà quantificata e ritenuta di giustizia in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) s.p.a., di (...) s.p.a. e di (...) s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 marzo 2025 il dott. Alberto Ramon e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe, notificato il 12 dicembre 2024 e depositato il 16 dicembre 2024, (...) s.p.a. ha impugnato la determinazione di aggiudicazione oltreché tutti gli atti della procedura aperta bandita da (...) s.p.a. (società controllata dalla Regione (...) che gestisce gli interventi per la costruzione del Modello Strutturale degli Acquedotti del (...) [“(...)”]) e (...) s.p.a. (società a partecipazione pubblica controllata da 68 Comuni della Provincia di (...) per la gestione del servizio idrico integrato) riguardante *“tutti i lavori, le prestazioni e le forniture necessarie, inclusa la bonifica bellica, per la realizzazione delle opere di: 1) «Razionalizzazione e riorganizzazione del sistema fognario e depurativo dell'agglomerato urbano di (...) e dei Comuni limitrofi ad esso afferenti (Bacino VI 6 P.R.R.A. Regione (...)) -Stralcio I Collettore Sud» e 2) «Modello strutturale degli acquedotti del (...) ((...)). Condotta di adduzione primaria Brendola (VI) -Piazzola sul Brenta (PD) Tratta A6-A4 Condotta DN1000 Vicenza Ovest -Vicenza Est»* (CIG (...)), per un importo a base di gara pari complessivamente ad euro 45.428.340,46 IVA esclusa, di cui euro 683.118,93 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

La procedura si è svolta secondo le disposizioni applicabili nei settori speciali, ai sensi degli artt. 71, 141, 153 e 155, comma 3, lett. c), del d.lgs. 31 marzo 2023, n.

36, con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 108, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023.

Per quanto di interesse nel presente giudizio, l'art. 9 del disciplinare prevedeva che ciascuna offerta dovesse essere *“corredata, a pena di esclusione, da una garanzia provvisoria in formato digitale inserita nell'apposito parametro della RDO, con beneficiario (...) Spa [...], da costituire ai sensi dell'art. 106, comma 1 del Codice, pari al 2% del valore della procedura, salvo quanto previsto dall'art. 106, comma 8, del codice, e precisamente pari a € 908.566,81”*.

Alla procedura selettiva hanno partecipato quattro operatori economici, tra cui (...) s.p.a. e il costituendo R.T.I. con (...) s.p.a., in qualità di mandataria, e (...) s.r.l. e (...) s.r.l., in qualità di mandanti (di seguito, soltanto R.T.I. (...)).

In seguito alla valutazione delle offerte, è risultato primo in graduatoria il R.T.I. (...), con un punteggio di 79,530, seguito da (...) s.p.a., con un punteggio di 71,548.

Di conseguenza, il Direttore Generale di (...) s.p.a., con determinazione n. 301 del 14 novembre 2024, qui impugnata, ha aggiudicato la procedura selettiva all'operatore economico selezionato.

1.1. In punto di fatto, la ricorrente ha osservato che il R.T.I. aggiudicatario ha presentato una garanzia provvisoria per l'importo di € 363.427,00, utilizzando il cumulo delle riduzioni previste per la categoria delle P.M.I., oltre che per il possesso della certificazione ambientale UNI EN ISO 14001, rispettivamente pari al 50% e al 20%.

Per esercitare il diritto alla prima riduzione, le società costituenti il R.T.I. aggiudicatario hanno dichiarato, nei rispettivi D.G.U.E., l'appartenenza alla categoria delle P.M.I. Sennonché, nella prospettiva attorea, la mandataria (...) s.p.a. difetterebbe dei requisiti per essere ricompresa nella suddetta categoria, in quanto avrebbe un fatturato annuo e un bilancio annuo superiori ai limiti di legge previsti

per la medesima qualificazione.

Pertanto, (...) s.p.a. avrebbe reso una falsa dichiarazione nel proprio D.G.U.E., che le avrebbe consentito di prestare, per conto del costituendo R.T.I., una garanzia provvisoria di importo inferiore al minimo di legge. In forza di ciò, lo stesso raggruppamento, da un lato, avrebbe acquisito un indebito vantaggio rispetto a (...) s.p.a., la quale ha dovuto versare una cauzione provvisoria di importo sensibilmente più elevato pur a fronte di un'analoga dimensione aziendale; dall'altro lato, avrebbe minato l'affidamento della stazione appaltante nella sua serietà e affidabilità, considerato peraltro che le medesime riduzioni invocate per la garanzia provvisoria possono essere applicate per la garanzia definitiva.

2. Avverso gli atti impugnati, (...) s.p.a. ha proposto i seguenti motivi di ricorso:

I) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 106 co. 8 del D.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell’art. 9 della lex specialis. Violazione e falsa applicazione della Raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE del 6 maggio 2003 e del Decreto ministeriale 18 aprile 2005. Eccesso di potere per carenza dei presupposti e difetto di istruttoria”*.

La ricorrente ha censurato la mancata esclusione del R.T.I. aggiudicatario in ragione della presentazione di una garanzia provvisoria di importo inferiore a quanto stabilito dall’art. 9 della *lex specialis*, con conseguente irregolarità insanabile dell’offerta. In particolare, (...) s.p.a. difetterebbe dei requisiti per essere qualificata come P.M.I., in quanto avrebbe un fatturato annuo superiore a € 50 milioni e un bilancio annuo superiore a € 43 milioni, in base al bilancio redatto per l’esercizio 2023 (cioè l’ultimo depositato prima dell’indizione della gara).

II) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 101 del D.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell’art. 9 della lex specialis sotto altro profilo. Eccesso di potere per violazione dei principi della par condicio competitorum, della fiducia e della collaborazione”*.

La ricorrente ha rilevato – al dichiarato fine di anticipare le difese avversarie – che non sarebbe possibile per il R.T.I. (...) invocare il soccorso istruttorio per integrare l’importo residuo della garanzia provvisoria, dato che detta integrazione

implicherebbe la costituzione di una garanzia successivamente al termine per la presentazione delle offerte, con conseguente lesione della *par condicio* dei concorrenti. In particolare, la regolarizzazione della garanzia provvisoria sarebbe consentita solo in caso di mancata produzione del documento rappresentativo per svista o dimenticanza e sempre che essa si riferisca ad un atto comunque perfezionato prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Un mero errore materiale che non caratterizzerebbe la condotta assunta in gara da (...) s.p.a., la quale avrebbe volutamente rilasciato una falsa dichiarazione relativa al possesso dei requisiti della categoria delle P.M.I.

3. Si è costituita in giudizio (...) s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con mandanti (...) s.r.l. e (...) s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso nel merito.

La controinteressata ha depositato la determinazione n. 7 del 9 gennaio 2025 del Direttore Generale di (...) s.p.a., che ha preso atto della nota del R.T.I. (...) del 20 dicembre 2024 con cui il raggruppamento selezionato ha informato la stazione appaltante di aver aumentato ad € 508.798,00 l'importo della garanzia provvisoria presentata in gara, assumendo l'impegno a presentare la garanzia definitiva per l'importo massimo richiesto.

4. Si sono altresì costituite in giudizio (...) s.p.a. e (...) s.p.a., eccependo innanzitutto l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse: per le resistenti, nel caso in cui il bilancio 2023 di (...) s.p.a., non agli atti di gara, mostrasse l'insufficienza dell'importo della garanzia provvisoria, l'unico effetto che ne deriverebbe sarebbe l'insorgenza dell'obbligo per la stazione appaltante di richiedere in un breve termine perentorio (dieci giorni) la produzione di un documento invero dalla stessa già acquisito, vale a dire l'integrazione postuma della garanzia provvisoria originariamente prestata.

Le società resistenti hanno comunque insistito per una pronuncia di infondatezza del gravame.

5. All'esito della camera di consiglio del 15 gennaio 2025, il Collegio ha assunto l'ordinanza n. 14 del 17 gennaio 2025 con cui ha respinto la domanda cautelare della ricorrente.

6. Indi, il 7 febbraio 2025, (...) s.p.a. e (...) s.p.a. hanno stipulato con il costituito R.T.I. aggiudicatario il contratto d'appalto relativo alla commessa oggetto di causa.

7. In vista dell'udienza pubblica, (...) ha depositato una memoria, il 10 marzo 2025, volta a replicare alle difese avversarie, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Con memoria depositata sempre il 10 marzo 2025, (...) s.p.a. ha eccepito l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, dal momento che la ricorrente avrebbe omesso di impugnare la determinazione n. 7 del 9 gennaio 2025 del Direttore Generale di (...) s.p.a. con cui la stazione appaltante avrebbe ammesso l'aggiudicatario al soccorso istruttorio, prendendo altresì atto dell'integrazione postuma della garanzia provvisoria prodotta in gara.

Con memoria di pari data, le società resistenti hanno sollevato un'identica eccezione di improcedibilità del ricorso. Per le deducenti, l'avvenuta sottoscrizione del contratto d'appalto e, in quella sede, la presentazione della fideiussione definitiva (senza l'utilizzo della riduzione percentuale riservata ai raggruppamenti temporanei costituiti esclusivamente da micro, piccole e medie imprese) farebbe venir meno l'interesse della ricorrente alle contestazioni dalla stessa sollevate e basate su profili di presunta irregolarità della garanzia provvisoria prodotta nella procedura ad evidenza pubblica: garanzia che avrebbe l'esclusiva finalità di assicurare la serietà dell'offerta presentata in gara e di garantire la stazione appaltante in caso di mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'operatore aggiudicatario.

Le parti costituite hanno infine depositato, il 14 marzo 2025, le rispettive memorie di replica.

8. All'udienza pubblica del 26 marzo 2025, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

9. Il Collegio ritiene di poter prescindere dallo scrutinio delle eccezioni di inammissibilità e di improcedibilità del gravame sollevate dalle società resistenti e dalla società controinteressata a fronte dell'infondatezza delle due censure proposte dalla ricorrente, le quali possono essere trattate congiuntamente poiché avvinte da stretta connessione.

Come anticipato, (...) s.p.a. ha rilevato che il raggruppamento aggiudicatario sarebbe incorso nella violazione dell'art. 9 del disciplinare e dell'art. 106, comma 8, del d.lgs. n. 36/2023 per avere la mandataria (...) s.p.a. presentato in gara, quale garanzia provvisoria, una polizza fideiussoria di importo (pari ad € 363.427,00) insufficiente rispetto a quanto stabilito dalla *lex specialis*: e ciò utilizzando impropriamente la riduzione del 50% riservata ai raggruppamenti temporanei di operatori economici costituiti da micro, piccole e medie imprese. Ciò costituirebbe un'irregolarità "*insanabile*", inficiante la serietà ed affidabilità dell'operatore economico, con conseguente necessità di escluderlo dalla gara. D'altra parte, per la ricorrente l'integrazione postuma della garanzia provvisoria sarebbe consentita solamente qualora la mancata produzione sia dovuta ad un errore materiale, dipendente da "*una mera svista o dimenticanza*", non rinvenibile nel caso di specie, posto che il R.T.I. (...) avrebbe dichiarato falsamente di appartenere alla categoria delle P.M.I.

Al fine di dimostrare l'infondatezza delle censure attoree, è opportuno richiamare quanto già esposto dal Collegio nell'ordinanza n. 14 del 17 gennaio 2025, reiativa dell'istanza cautelare.

Invero l'istituto del soccorso istruttorio – che, nella tesi attorea, non sarebbe invocabile nella vicenda in esame – ha visto accresciuta la sua centralità nel nuovo codice dei **contratti pubblici**, applicabile alla presente fattispecie: per quanto qui rileva, il soccorso istruttorio c.d. integrativo completivo (*ex art. 101, comma 1, lett. a*, del d.lgs. n. 36/2023) consente il recupero delle carenze della documentazione amministrativa, con conseguente possibilità di sanare "*la mancata presentazione della*

garanzia provvisoria”, seppur mediante la presentazione di documenti aventi data certa anteriore al termine di presentazione delle offerte; il soccorso istruttorio c.d. sanante (*ex* comma 1, lett. *b*) permette invece di rimediare a inesattezza o irregolarità della stessa documentazione amministrativa, con il solo limite dell’irrecuperabilità della documentazione di incerta imputazione soggettiva.

Ebbene, le disposizioni normative succitate devono essere interpretate – anche alla luce del principio del risultato, che assume qui particolare rilievo posto che la controinteressata ha integrato, pochi giorni dopo la notifica del ricorso, la propria fideiussione al fine di colmare la riduzione garantita alle P.M.I. – nel senso che la consegna, entro il termine di presentazione delle offerte, di una garanzia provvisoria di importo insufficiente possa essere sanata attraverso il deposito di documentazione integrativa formatasi successivamente al predetto termine (come, per l’appunto, un’appendice alla polizza fideiussoria, in grado di innalzare l’importo garantito sino a soddisfare quanto previsto dal disciplinare).

Del resto, il soccorso istruttorio, specie quello c.d. sanante, persegue proprio lo scopo di evitare che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano in un disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870), sicché esso opera – salvo casi limite denotanti un’assoluta assenza di serietà dell’offerta o concernenti la prestazione di garanzia con documenti materialmente falsi (estranei alla presente fattispecie, dato che il R.T.I. (...) ha comunque prodotto entro il termine di presentazione delle offerte una polizza fideiussoria valida di importo pari ad € 363.427,00) – a prescindere dalla valutazione sull’affidabilità dell’operatore economico (valutazione, questa, concernente il diverso ambito dei requisiti di partecipazione).

Di conseguenza, il soccorso istruttorio trova applicazione in senso oggettivo, senza la necessità di un preventivo giudizio sulla volontarietà o meno dell’irregolarità documentale.

Pertanto, il fatto che (...) s.p.a. abbia dichiarato nel proprio D.G.U.E. di essere una P.M.I. – seppure in assenza dei requisiti previsti dalla raccomandazione n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003, richiamata dall’art. 1, comma 1, lett. o), dell’Allegato I.1 al d.lgs. n. 36/2023 – non costituisce di per sé una causa ostativa all’attivazione del soccorso istruttorio e, quindi, non determina l’esclusione dell’aggiudicatario *ex art. 9 del disciplinare*.

Ciò perché non vi è alcun indice testuale nell’art. 101, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023 da cui poter desumere che l’attivazione del soccorso istruttorio c.d. sanante debba limitarsi alle sole ipotesi in cui l’omissione, l’inesattezza o l’irregolarità della documentazione presentata in gara sia dipesa – come inteso dalla ricorrente – da un mero errore materiale, determinato da una svista o da una dimenticanza. Di contro, la disposizione consente sempre di emendare la domanda di partecipazione, il D.G.U.E. nonché ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante a prescindere dalla natura della lacuna o dell’inesattezza riscontrata, salvo che non risulti “*assolutamente incerta l’identità del concorrente*”.

D’altra parte, il principio del risultato sancito dall’art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 (che, in quanto principio generale, costituisce il criterio interpretativo e applicativo del successivo art. 101) porta a valorizzare la circostanza che il R.T.I. (...) – già il 20 dicembre 2024, ossia a distanza di pochi giorni dalla notificazione del ricorso, avvenuta il 12 dicembre 2024 – abbia trasmesso alla stazione appaltante l’appendice alla polizza fideiussoria presentata in gara quale garanzia provvisoria, “*con cui è stato aumentato ad € 508.798,00 l’importo della citata polizza fideiussoria*”. Successivamente, il 7 febbraio 2025, lo stesso operatore economico ha stipulato con le società resistenti il contratto d’appalto di cui è causa, presentando le garanzie definitive richieste dall’art. 16 del disciplinare: nel dettaglio “*le polizze fideiussorie emesse il 25.11.2024, con successiva appendice del 18.12.2024, da (...), n. 2426637 di € 1.152.332,00 a favore di (...) e n. 2426638 di € .180.146,00 a favore di (...)*” (art. 10 del contratto di appalto).

Alla luce di ciò, deve ritenersi che la garanzia fideiussoria complessivamente prestata dal R.T.I. aggiudicatario abbia senz'altro assicurato la serietà e l'affidabilità dell'operatore economico, con il conseguimento del *“risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”* (arg. ex art. 1 del d.lgs. n. 36/2023).

D'altronde, deve rammentarsi che *“l'istituto della cauzione provvisoria, oltre a una funzione di garanzia in senso stretto, serve anche a prevenire comportamenti dell'offerente rientranti in generale nel patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche che consiste nell'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede. Nella fase fisiologica, la cauzione assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l'affidabilità dell'offerta”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 11 marzo 2025, n. 1985). Connotati, questi, posseduti dalla proposta contrattuale dell'aggiudicatario, dato che lo stesso non ha mancato di stipulare il contratto con le garanzie definitive previste dalla *lex specialis*.

In definitiva, non vi sono ragioni per non dare continuità all'orientamento giurisprudenziale per cui *“l'invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria deve essere tenuta distinta dalla mancanza assoluta della stessa. Quest'ultima ipotesi è senza dubbio più grave e, solo rispetto ad essa, il documento di cui è chiesta l'integrazione mediante soccorso istruttorio deve avere data anteriore alla scadenza del termine di partecipazione”*. Del resto, *“l'art. 101, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023, nel delineare il soccorso istruttorio integrativo -completivo, prevede solo per la mancata presentazione della garanzia provvisoria, ma non per l'inesattezza della stessa, la possibilità di integrazione mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte. Ne consegue che in relazione al caso di specie, in cui la garanzia provvisoria è stata presentata, ma era di importo inesatto, opera il soccorso istruttorio sanante, ora previsto dalla lettera b) dell'art. 101 sopra richiamato, che non richiede la necessità che la regolarizzazione avvenga entro il termine fissato per la presentazione delle offerte”* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7 gennaio 2025, n. 109).

10. Per le ragioni suesposte, il ricorso deve essere respinto.

11. Sussistono nondimeno giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite, tenuto conto della particolarità della vicenda esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2025 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Primo Referendario

Alberto Ramon, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Ramon

IL PRESIDENTE

Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO