

TAR Sicilia, Sezione Prima, Sentenza n. 2233 del 16 luglio 2024

Appalti di lavori – Clausola ambigua – Esclusione dalla gara – Solo dopo interpretazione certa della SA – Deroghe al Codice ex DL 76/2020

Pubblicato il 16/07/2024

N. 02233/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00901/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 901 del 2024, proposto dalla (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. (...);

contro

Comune di (...), non costituito in giudizio;

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento adottato dalla S.a. Comune di (...) con il quale è stata disposta

l'esclusione della (...) s.r.l. della Procedura Negoziata per l'appalto dei lavori di manutenzione per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana zona ovest 1° stralcio - CUP: (...) - CIG: (...);

- del verbale di gara n. 4 del 19.06.2024 della Procedura Negoziata per l'appalto dei lavori di manutenzione per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana zona ovest 1° stralcio - CUP: (...) - CIG: (...), pubblicato sull'albo pretorio del comune in data 20.06.2024;

- della comunicazione di Attivazione Soccorso Istruttorio;

ove occorra, della lettera di invito, e nello specifico dell'art. 7, e disciplinare di gara della Procedura Negoziata per l'appalto dei lavori di manutenzione per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana zona ovest 1° stralcio - CUP: (...) - CIG: (...);

- di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e consequenziale;

nonché per il riconoscimento del diritto del ricorrente alla riammissione alla procedura di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2024 il dott. Francesco Mulieri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso notificato e depositato il 27 giugno 2024, la società (...) s.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe e, in particolare, il provvedimento adottato dal Comune di (...) con il quale è stata disposta la sua esclusione dalla procedura

negoziata per l'appalto dei lavori di *“manutenzione per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana zona ovest 1° stralcio”*, previsti nell'ambito del programma triennale delle OOPP del predetto Comune, approvato con D.C.C. n. 15 del 3.07.2023.

Esponde in punto di fatto che:

- con verbale di calcolo n. 2 del 20.03.2024, risultava aggiudicataria con il ribasso di 32,682%;
- tuttavia, con nota del 10.04.2024 la (...), seconda classificata, rilevava l'assenza della garanzia provvisoria nella documentazione prodotta a corredo dell'offerta dalla ricorrente;
- la S.A. in pari data, adottava la *“Comunicazione attivazione soccorso istruttorio”*, con la quale specificava che l'esenzione dalla garanzia provvisoria risultava applicabile alle procedure indette entro il 30/06/2023 (e pertanto non applicabile alla procedura in argomento) e contestualmente richiedeva alla ricorrente di produrre idonea garanzia, avente data antecedente la scadenza delle offerte, entro 10 giorni dalla comunicazione;
- la (...) riscontrava la suddetta richiesta, evidenziando la non necessarietà della garanzia provvisoria ai sensi dell'art. 1, co. 4 del D.l. n. 76 del 2020;
- con verbale di gara n. 4 del 19 giugno 2024, la S.A. escludeva la ricorrente ritenendo che *“per avvio della procedura di gara deve intendersi la pubblicazione del bando di gara e non, invece, l'adozione di atti interni, quali la determinazione a contrarre”* e che, pertanto, essendo il bando indetto oltre il termine del 30.06.2023, alla procedura *de qua* non si potesse applicare l'esenzione della produzione della garanzia provvisoria di cui all'art. 1 co. 4 del D.l. n. 76 del 2020.

La società ricorrente si duole di tale esclusione, deducendo la seguente censura:

- 1) *“Violazione e falsa applicazione art. 1 co. 1 e 4 del d.l. n. 76 del 2020 - Violazione e falsa applicazione del punto 11 del disciplinare di gara - Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della causa tipica - Arbitrarietà manifesta - Eccesso di potere sotto il profilo dello*

sviamento della causa tipica - Difetto assoluto di motivazione - Violazione principio del favor participationis”.

Ha quindi chiesto, previa misura cautelare, l’annullamento degli atti impugnati e, in subordine, la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento del danno ingiusto patito con reintegrazione in forma specifica ovvero per equivalente con determinazione dell’importo da determinarsi nel corso del giudizio.

2. - Sebbene ritualmente intimato il Comune di (...) non si è costituito in giudizio. Si è costituita la (...) la quale ha depositato una memoria con la quale ha eccepito la inammissibilità del ricorso nonché la sua infondatezza nel merito.

3. - Alla camera di consiglio del 9 luglio 2024, presenti i difensori delle parti costituite come da verbale, il Presidente del Collegio ha dato avviso della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata; le parti nulla hanno obiettato e quindi la causa è stata posta in decisione.

4. - Ritiene preliminarmente il Collegio di potere definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm. e adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti; possibilità, questa, espressamente indicata dal Presidente del Collegio alle parti costituite.

5. - Sempre in via preliminare il Collegio esamina le eccezioni in rito sollevate dalla difesa della controinteressata.

5.1. - Sotto un primo profilo - richiamando i principi espressi da un recente arresto giurisprudenziale (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 22 maggio 2023, n. 3106) - la controinteressata ha eccepito l’inammissibilità del ricorso in quanto la ricorrente avrebbe dovuto impugnare immediatamente la lettera di invito - ed in particolare l’art. 7 secondo cui “... *A norma dell’art. 93 del D.lgs. n. 50/2026 l’offerta del concorrente deve essere corredata da una garanzia, pari al 2% dell’importo dei lavori (€ 467.310,90) di cui al punto 3.4., sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell’offerente ...*” - senza attendere di essere esclusa dalla gara, dato che l’esclusione, in caso di mancanza

della cauzione, sarebbe stata inevitabile; né potrebbe invocare la pretesa nullità della clausola sia perché la richiesta della cauzione provvisoria sarebbe legittima sia perché, come rilevato nella richiamata decisione, la inammissibilità/tardività risiede nella mancata impugnazione di una clausola immediatamente lesiva e non certo nella natura (escludente o meno) della clausola.

5.2. - Sotto altro profilo la controinteressata ha eccepito che la Stazione Appaltante, dopo aver verificato che la ricorrente non aveva prodotto la cauzione provvisoria, con nota del 10 aprile 2024 ha esperito il soccorso istruttorio, assegnando un termine alla ricorrente per la produzione della cauzione provvisoria; la (...), entro il termine di 10 giorni assegnatole, non avrebbe prodotto la chiesta cauzione ma, tardivamente (il 22 aprile 2024), avrebbe fatto pervenire una nota a firma del proprio legale.

5.3. - Le eccezioni sono infondate.

Ritiene il Collegio che il precedente richiamato dalla controinteressata mal si attaglia alla fattispecie in esame, caratterizzata da elementi che inducono, invece, a ritenere quanto meno dubbio, se non addirittura insussistente, il carattere di immediata lesività del citato art. 7 della lettera di invito.

Detti elementi consistono:

- nel dato letterale dell'art. 1, co. 4 del d.l. n. 76 del 2020, convertito in Legge n.120/2020, richiamato nella determina a contrarre, che stabilisce che *“la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016”*;
- nell'adozione della determina a contrarre prima della scadenza del termine del 30.06.2023 (previsto dal co. 1 del citato art. 1), e nello specifico in data 15.06.2023;
- nella contraddittorietà degli atti di gara (v. punto 5 e punto 14 del disciplinare e verbale n. 1 in cui si richiama il d.l. 76/2020) ed in particolare nell'art. 11 del disciplinare di gara (secondo cui *“ai sensi dell'art. 1 co. 4 del decreto – legge n. 76 del 16/07/2020 per la presente procedura non è richiesta la garanzia provvisoria”*);

- nel comportamento della S.A. che dapprima aggiudicava l'appalto alla ricorrente e poi, prendendo atto dei rilievi della controinteressata, adottava la "*Comunicazione attivazione soccorso istruttorio*" (poi inviata alla ricorrente in data 12.04.2024) e, dopo aver rilevato la discrepanza tra l'art. 7 della lettera di invito e l'art. 11 del disciplinare riteneva che "*l'esenzione dalla garanzia provvisoria, ai sensi della citata norma, risulta applicabile alle procedure indette entro il 30/06/2023 e pertanto non applicabile alla procedura in argomento*".

A fronte di tali elementi, contrariamente a quanto ritenuto dalla controinteressata, non può certo ritenersi che l'esclusione costituisca una "conseguenza negativa necessitata e ineludibile" del portato dell'art. 7 della lettera di invito e che la ricorrente avrebbe dovuto impugnarla senza attendere di essere esclusa dalla gara.

La complessiva *lex specialis* reca, infatti, un contenuto che - con riferimento alla richiesta di garanzia provvisoria - presenta un contenuto tutt'altro che univoco.

Ne consegue che deve trovare applicazione nella fattispecie in esame il principio, pacifico in giurisprudenza, per il quale "se la clausola del bando, benché di carattere escludente, presenti margini di ambiguità, tali da rendere possibili diverse interpretazioni, delle quali solamente una comporta l'esclusione del partecipante (l'altra rendendone possibile la partecipazione), l'onere di immediata impugnazione recede in attesa della scelta (interpretativa) fatta dalla stessa amministrazione nei successivi provvedimenti; solo se, accolta l'interpretazione sfavorevole al partecipante, sia disposta la sua esclusione, e solo in quel momento, sorge l'interesse ad impugnare poiché la lesione della situazione giuridica, prima possibile ma non certa, è definitivamente avuta. L'impugnazione avrà ad oggetto, in uno, il bando e il provvedimento attuativo" (cfr., da ultimo, T.A.R. Sardegna Cagliari, Sez. I, 12/02/2024, n. 100).

Per le stesse ragioni, e tenuto conto di quanto sopra rilevato in ordine alla non chiara formulazione della *lex specialis* (unitariamente considerata), è altresì da escludere la portata immediatamente lesiva della richiesta di soccorso istruttorio e,

pertanto, va disatteso l'assunto di parte ricorrente secondo cui la (...) fosse consapevole di non essere in possesso della documentazione richiesta col soccorso istruttorio.

Com'è noto il soccorso istruttorio è un istituto di carattere generale - attuativo dell'art. 97 Cost., al fine dell'emanazione di un giusto provvedimento, idoneo a contemperare nel migliore modo tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco (cfr. Cons. Stato, II, 28 aprile 2021, n. 3432) - nell'ambito del quale la relativa richiesta non costituisce atto di per sé lesivo (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2021, n. 6132).

5.4. - Risulta infine infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per essere lo stesso stato notificato al Comune di (...), (oltre che all'odierna controinteressata), ma non alla CUC (Centrale di Committenza per i Comuni di (...), (...), (...), (...), (...) e (...)) che ha gestito la gara e adottato il provvedimento di esclusione impugnato.

Dalla lettera di invito si evince, quale pec di indirizzo della CUC, il protocollo di (...), che è il Comune committente indicato come stazione appaltante nel disciplinare di gara; inoltre, secondo condivisa giurisprudenza, "la centrale unica di committenza è una struttura servente, una sorta di ufficio complesso, anche se dotato di soggettività giuridica dal regolamento deliberato dai Comuni, i quali sono i soggetti cui vanno imputati giuridicamente i risultati della procedura ed i rapporti tra questi e la centrale di committenza, in caso di controversia, seguono in analogia la regola dell'impugnazione dei risultati elettorali, in cui la notifica dell'atto introduttivo del giudizio interessa in genere l'ufficio elettorale, ma non può essere omessa nei confronti dell'Ente cui vanno imputati i risultati delle urne, dai quali scaturirà la composizione dei suoi organi" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27/01/2021 n. 802).

6. - Nel merito il ricorso è fondato alla stregua di quanto verrà precisato.

Come precisato dalla giurisprudenza, "il D.l. n. 76/2020, c.d. Decreto

Semplificazioni, ha messo in atto una serie di misure temporanee e derogatorie del codice dei contratti volte ad incentivare gli investimenti pubblici a fronte delle ricadute economiche negative causate dall'emergenza sanitaria da Covid-19 ed applicabili qualora la procedura sia stata indetta successivamente all'entrata in vigore del decreto stesso e allorquando la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia stato adottato entro il 30 giugno 2023. Sullo sfondo di un adeguato bilanciamento tra l'apertura alla concorrenza e la tutela dell'esigenze di efficienza dell'azione amministrativa, tale intervento legislativo ha posto in atto uno sfoltoimento delle procedure di affidamento ed attuato una procedimentalizzazione delle gare soggette a rigidi passaggi sia sotto il profilo delle tempistiche sia della previsione degli obblighi pubblicitari" (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 11/07/2023, n. 611).

L'art. 1, co. 4 del citato D.l. n. 76 del 2020, stabilisce che *"la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016"*.

Il comma 1 della medesima norma così dispone: *"Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023"*.

La norma dunque è chiara nel prevedere in modo espresso che il comma 4 dell'art. 1 del D.L. 76/2020, che contempla l'esenzione della cauzione provvisoria, va applicato qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023.

Dunque, la Stazione Appaltante non avrebbe dovuto compiere alcuna valutazione circa la natura dell'atto di determinazione a contrarre ma soltanto verificare se tale determina a contrarre fosse stata adottata prima o dopo il termine del 30.06.2023.

Ebbene nel caso di specie, essendo la determina a contrarre stata adottata in data 15.06.2023, trova applicazione l'art. 1 comma 4 del D.L. 76/2020 e la Stazione Appaltante non avrebbe potuto richiedere alcuna cauzione provvisoria.

Una siffatta conclusione trova conferma nel comma 4 del citato art. 1 del D.L. 76/2020, secondo cui la Stazione Appaltante *“non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente”*; ragioni di specificità e tipologia della procedura che nel caso di specie non sussistono e che, in ogni caso, la S.A. non ha esplicitato in alcun atto di gara.

7. - Per tali ragioni, trovando applicazione le sopra citate norme del D.L. 76/2020 (come esplicitate nell'art. 11 del Disciplinare di gara), la clausola di cui all'art. 7 della lettera d'invito va annullata così come l'esclusione disposta con il verbale di gara n. 4 del 19 giugno 2024.

8. - Avuto riguardo agli specifici profili della controversia, sussistono eccezionalmente i presupposti per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cappellano, Presidente FF

Francesco Mulieri, Consigliere, Estensore

Luca Girardi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Francesco Mulieri

IL PRESIDENTE

Maria Cappellano

IL SEGRETARIO