

TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 1429 del 1° marzo 2024

Appalti di lavori – Cauzione provvisoria irregolare – Soccorso istruttorio – Ammissibile anche dopo scadenza del termine per presentazione offerte

Publicato il 01/03/2024

N. 01429/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04402/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4402 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

Comunità Montana (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

per l'annullamento

- 1) della determina n. 73 del 05-09-2023 (N. REG. GEN. 170 del 05-09-2023) emessa dal responsabile dell'area tecnica con cui sono stati approvati i verbali della Commissione Giudicatrice dal n. 2 al n. 6 e segnatamente la proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione Giudicatrice con verbale n. 6 del 16.08.2023 in favore della ditta (...) s.r.l nella gara indetta con il bando (Prot.n. 1290 del 15.06.2022) dalla Comunità Montana (...) per l'affidamento dei lavori, mediante procedura Aperta, ai sensi dell'articolo 60 del D.Lgs. n. 50/2016, interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del D.Lgs. 50/2016 con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa avente ad oggetto lavori di messa in sicurezza del “Torrente – Rio Ceserocca” nel Comune di Rocca D'Evandro (CE)” (Cup: (...) CIG: (...)): importo soggetto a ribasso: euro 1.955.750,67 I.V.A. esclusa di cui: A.1) € 14.440,09 per Costi della sicurezza non soggetti a ribasso A.2) € 453.296,71 per Costi della Manodopera;
- 2) di tutti i verbali di gara, dal n. 1 al n. 6, ed annesse schede e/o allegati rispettivamente nella misura in cui la Commissione illegittimamente ammetteva (ovvero non escludeva) la ditta (...) SRL (1[^] in classifica) disponendo il soccorso istruttorio in relazione alla cauzione provvisoria, segnatamente nella parte in cui chiedeva integrazioni alla offerta ed ammetteva ad un documento di data posteriore al termine di scadenza delle offerte;
- 3) della graduatoria finale e di ogni atto e/o provvedimento, con il quale la Commissione di gara prima illegittimamente ammetteva alla competizione, ovvero, non escludeva la ditta (...) S.R.L. (1[^] in classifica) e poi nella parte in cui attribuiva, comunque, un punteggio per l'offerta dalla medesima proposta che, di fatto, si presenta inutilizzabile; dunque dichiarando la stessa aggiudicataria della gara;
- 4) dei provvedimenti e di tutte le determinazioni e segnatamente quella indicata sub 1 di presa d'atto dei verbali di gara (nella parte in cui si presentano lesive per la ditta ricorrente);
- 5) della proposta di aggiudicazione racchiusa nel verbale ultimo n. 6 nonché i

verbali nn. 2, 3 e 4 e relative determinazioni recanti la revisione di secondo grado della originaria (e legittima) esclusione della (...) SRL, la verifica dei requisiti e la valutazione di congruità dell'offerta della stessa ditta;

6) di ogni altro atto preordinato, collegato, connesso e conseguente, comunque lesivo ivi compreso – ove e per quanto occorra - il bando ed annesso disciplinare di gara, nonché la determina di indizione ed approvazione degli stessi e il capitolato speciale d'appalto, lo schema di contratto e gli allegati tutti (se ed in quanto interpretabili in danno della ricorrente) e di ogni altra comunicazione e/o nota, compresa quella recante la richiesta di integrazioni in soccorso della ditta (...) S.R.L. ove autonoma e lesiva.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Comunità Montana (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2024 il dott. Maurizio Santise 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 ricorso tempestivamente notificato all'Amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del T.a.r., la società ricorrente ha esposto quanto segue:

a) La Comunità Montana (...) avviava la procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto i lavori di messa in sicurezza del "Torrente – Rio Ceserocca" nel Comune di Rocca D'Evandro (CE)";

b) con il verbale n. 1 del 2022, la Commissione di gara procedeva alla verifica della documentazione amministrativa prodotta dai partecipanti; per tal via, procedeva

all'esclusione della (...) S.R.L, giudicando l'offerta da questa presentata "non conforme per le seguenti motivazioni: il Concorrente ha prodotto una Cauzione provvisoria, ridotta del 50%, garantendo un importo inferiore rispetto all'importo a base di gara, stimato di € 1.970.190,76 per cui la somma da garantire deve essere di € 19.701,91."

c) con il verbale di gara n. 2 del 2022, la Commissione si rideterminava in merito all'esclusione della (...) S.R.L, "tanto anche in considerazione della Sentenza di Consiglio di Stato, sez. V, 15.03.2016 n.1033 e Tar Napoli, 29.04.2015 n.2431". La controinteressata veniva, pertanto, ammessa con riserva onde "attivare il soccorso istruttorio, concedendo di integrare la documentazione non conforme in quanto il Concorrente ha prodotto una Cauzione provvisoria, ridotta del 50%, garantendo un importo inferiore rispetto all'importo a base di gara, stimato di € 1.970.190,76 per cui la somma da garantire deve essere di € 19.701,91."

d) espletata la procedura di gara, con determina n. 73 del 2023, veniva individuata come aggiudicataria la società controinteressata (...) S.R.L., mentre la ricorrente risultava seconda in graduatoria;

e) avvedutasi dell'esito della procedura, la ricorrente eseguiva l'accesso agli atti con riguardo ai verbali di gara e ai documenti della (...) S.R.L.; emergeva che, al momento della presentazione dell'offerta, la (...) S.R.L. aveva prodotto una cauzione fideiussoria per un importo posto a base di gara inferiore a quello indicato nella *lex* di gara e garantito una somma inferiore a quella richiesta dalla stazione appaltante. In data 17.11.2022, a seguito di soccorso istruttorio, la controinteressata offriva una nuova cauzione, in cui si indicava un "importo posto a base di gara pari a €. 1.970.190,76 e la somma garantita in €.19.702,00".

Avverso il provvedimento di aggiudicazione in epigrafe indicato la ricorrente ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti, per i motivi di seguito illustrati:

1) ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE

DEFINITIVA VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 97 COST., 83 E 93 DEL D.LGS. N. 50/2016 ART. 93, COMMA 1, D.LGS. 50/16, ART. 83, COMMA 9, D.LGS. 50/16 VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA — SEZ. III —INFORMAZIONI‖ (III.1) TRA LE —CONDIZIONI RELATIVE ALL’APPALTO III.1.1) CAUZIONI E GARANZIE RICHIESTE) - PUNTO 3.1.1. DEL DISCIPLINARE TITOLATO —CAUZIONE PROVVISORIA‖ - ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO D’ISTRUTTORIA E CONTRADDITTORIETÀ - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ E BUON ANDAMENTO DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA EX SOTTO IL PROFILO DELLA VIOLAZIONE DEL BANDO E DEL DISCIPLINARE DI GARA. ECCESSO DI POTERE PER FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 83 DEL D.LGS. 50/2016 SOTTO IL PROFILO DELL’ILLEGITTIMA ATTIVAZIONE DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO E DELL’OMESSA DEFINITIVA ESCLUSIONE DELL’OPERATORE ECONOMICO AGGIUDICATARIO. VIOLAZIONE DI LEGGE ED ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E ILLEGITTIMITA’ E CARENZA DI MOTIVAZIONE VIOLAZIONE ART 3 L. 241/90;

2) ILLEGITTIMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 97 COST., 83 E 93 DEL D.LGS. N. 50/2016 ART. 93, COMMA 1, D.LGS. 50/16, ART. 83, COMMA 9, D.LGS. 50/16, ART 101 COMMA 2 LETT. A D.LSG 36/2023 — VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA — SEZ. III —INFORMAZIONI‖ (III.1) TRA LE —CONDIZIONI RELATIVE ALL’APPALTO III.1.1) CAUZIONI E GARANZIE RICHIESTE) - PUNTO 3.1.1. DEL DISCIPLINARE TITOLATO —CAUZIONE PROVVISORIA‖ - ILLEGITTIMA SANATORIA DI UNA OFFERTA NULLA E/O INVALIDA RADICALMENTE PRODUZIONE A SANATORIA DI UN DOCUMENTO DI DATA POSTERIORE ALLA

SCADENZA DEL TERMINE DI PRESENTAZIONE DELL'OFFERTA - INAMMISSIBILITÀ;

3) ILLEGITTIMITÀ DEL VERBALE N. 2 DEL 15/11/2022 DI REVISIONE E RITIRO IN

AUTOTUTELA DEL VERBALE N. 1 - VIOLAZIONE DELLE REGOLE CHE GOVERNANO I PROVVEDIMENTI DI SECONDO GRADO, VIOLAZIONE ART. 97 COST. ART 21 NONIES L.241/90 – CARENZA DI POTERE IN ASSENZA DI ATTO ILLEGITTIMO – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA CON RIGUARDO AL VIZIO DELL'OFFERTA DELLA (...) S.R.L. ILLEGITTIMITÀ CONSEGUENZIALE DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA - VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 83 E 93 DEL D.LGS. N. 50/2016 ART. 93, COMMA 1, D.LGS. 50/16, ART. 83, COMMA 9, D.LGS. 50/16, ART 101 COMMA 2 LETT. A D.LSG 36/2023 — VIOLAZIONE SOTTO DIFFERENTE PROFILO DELLA LEX SPECIALIS DI GARA — SEZ. III —INFORMAZIONI (III.1) TRA LE CONDIZIONI RELATIVE ALL'APPALTO III.1.1) CAUZIONI E GARANZIE RICHIESTE) - PUNTO 3.1.1. DEL DISCIPLINARE TITOLATO “CAUZIONE PROVVISORIA”;

4) SVIAMENTO PER IL RICERCATO RICHIAMO DI UNA GIURISPRUDENZA DEL TAR NAPOLI E DEL CONSIGLIO DI STATO SUPERATA, DATATA, INCONFERENTE, NON PERTINENTE VIOLAZIONE ART 101 NUOVO CODICE CONTRATTI - VIZIO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 E 3 L. 241/90.

Con ordinanza del 26 ottobre 2023, n. 1891 questa Sezione ha rigettato la domanda cautelare, ritenendo “non sussistente il *fumus boni iuris*, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale, condiviso da questo Tribunale, secondo cui “l'insufficienza o invalidità della garanzia provvisoria costituisce mera irregolarità

sanabile attraverso il soccorso istruttorio (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, n. 10274 del 2022; n. 3166 del 2021)”.

La Comunità Montana (...) e la (...) S.r.l si sono costituite regolarmente in giudizio, contestando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 14 febbraio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Tanto premesso in punto di fatto, il ricorso deve essere rigettato per i motivi di seguito illustrati.

Con il primo e ultimo motivo di ricorso, la ricorrente contesta che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere all'esclusione della (...) S.r.l., per aver inizialmente fornito una cauzione provvisoria di importo inferiore rispetto a quello indicato nella *lex specialis*. La successiva decisione dell'amministrazione di accordare il soccorso istruttorio alla controinteressata si appalesava illegittima, poiché, nella prospettazione della ricorrente, la cauzione provvisoria costituisce elemento essenziale a corredo dell'offerta, non sanabile per mezzo dell'istituto di cui all'art. 83 del d.lgs. 50 del 2016.

Tanto premesso, il Collegio è consapevole dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'importo insufficiente della cauzione provvisoria comporta l'esclusione del concorrente, non essendo attivabile il soccorso istruttorio. È, però, altrettanto consapevole delle posizioni discordanti che si sono formate sulla questione. Del resto, la giurisprudenza amministrativa, già nel vigore della disciplina previgente, si era determinata nel senso che la mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria, come pure della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, non rappresentava causa di esclusione; la stazione appaltante era perciò legittimata ad attivare il soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la documentazione mancante (Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687).

Coerentemente con quanto suesposto, è oggi diffuso quell'indirizzo ermeneutico, cui questo giudice intende dar seguito, che sembra aver dequotato la cauzione

provvisoria a mero elemento formale dell'offerta e, per tal via, suscettibile di sanatoria ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 03.08.2021 n.5710 e 04.12.2019 n.8296; TAR Napoli, sentenza n.183/2021 e 11.02.2021, n.930; TAR Campobasso, ordinanza 278/2020).

In altri termini, già sotto il vigore del d.lgs. n. 163 del 2006, la giurisprudenza aveva evidenziato che "In coerenza con l'indirizzo sostanzialistico che connota le gare pubbliche d'appalto e in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla *lex specialis* sono sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio" (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 13/11/2017; Consiglio di Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372; Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147; cfr. altresì Delibera ANAC n. 1/15). E ancora, più recentemente, il Consiglio di Stato ha affermato che "è orientamento pacifico di questa Sezione ritenere che l'erronea modalità di presentazione della cauzione provvisoria, ove pure dia luogo alla invalidità della cauzione, non costituisce causa di esclusione dalla procedura di gara, ma mera irregolarità sanabile attraverso il soccorso istruttorio" (Consiglio di Stato, sez. V, n. 10274 del 2022; sez. V, 19 aprile 2021, n. 3166).

Pertanto, sono sanabili le criticità afferenti alla cauzione provvisoria, essendo questa un elemento formale della domanda, la cui mancanza, incompletezza o irregolarità è emendabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio.

2.1. Nell'articolare il secondo motivo di censura, la ricorrente lamenta anche la tempestività della consentita integrazione, rilevando che l'eventuale integrazione della cauzione possa ammettersi in quanto la cauzione stessa, nel suo esatto ammontare, risulti avere data certa antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Tale impostazione, a parer della ricorrente, sarebbe l'unica che garantirebbe una soluzione capace di garantire un esatto punto di equilibrio tra il principio della *par*

condicio e quello del *favor participationis*, evitando che la sostanziale riapertura del termine perentorio di partecipazione, peraltro a beneficio di un singolo concorrente, possa comportare un'intollerabile disparità di trattamento.

Ritiene, tuttavia, il Collegio che l'invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria deve essere tenuta distinta della 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. Coerentemente, anche il Consiglio di Stato, in suo recente pronunciamento, ha distinto "la fattispecie della mancata costituzione della garanzia provvisoria da quella della sua invalidità o irregolarità, atteso che la prima ipotesi è espressione ex se della scarsa serietà dell'offerta (così come la prestazione di garanzia con documenti materialmente falsi, cui è riferito il precedente di questa Sezione, V, 23 marzo 2018, n. 1846, che non ha ammesso il soccorso istruttorio), mentre tale non può reputarsi la costituzione della garanzia quando l'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 risulti apparentemente rispettato" (Consiglio di Stato V Sezione 16 gennaio 2020 n. 399).

Sembra, peraltro, confermare tale impostazione ermeneutica, l'art. 101, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36 del 2023, che, 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.

Ne consegue, dunque, che anche dal d.lgs. n. 36 del 2023 si desume che la cauzione provvisoria di importo inesatto può essere regolarizzata attraverso il

potere di soccorso istruttorio, anche oltre il termine previsto per la presentazione delle offerte.

Anche tale motivo di ricorso va, pertanto, respinto.

2.3. La reiezione del secondo motivo di ricorso comporta la reiezione anche del terzo motivo di ricorso, in quanto la p.a. ha correttamente ritirato l'originario provvedimento di esclusione della controinteressata, ritenendo ammissibile la sanatoria della cauzione provvisoria

Il ricorso va, pertanto, respinto.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Maurizio Santise

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO