

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 804 del 27 gennaio 2021

*Offerta – Mancata presentazione della cauzione provvisoria – Soccorso istruttorio – Illegittimità –
Termini per adempiere ex art. 83 co. 9 D.lgs. 50/2016*

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6051 del 2020, proposto daS.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 domicilio eletto presso l'avvocato in Roma, via

contro

Presidente della Regione Veneto, in qualità di Commissario Delegato Ord. n. 558 del 15.11.2018 del Capo Dip. Prot. Civile non costituito in giudizio; Commissario Delegato Interventi Urgenti per fare fronte a eventi alluvionali del 2018 nella Regione Veneto, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

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

nei confronti

.....a r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 00195/2020, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori relativi al progetto esecutivo per pulizia del lago di Alleghe e la realizzazione di un sistema di sicurezza in caso di piene nonché presa d'atto e conferma dell'esclusione dalla gara della ricorrente;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Commissario Delegato Interventi Urgenti, dela r.l. e diS.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2021 il Cons. Raffaele Prosperi e preso atto del deposito delle note d'udienza formulate ai sensi dell'art. 25, D.L. 137/2020, convertito nella l. 176 del 2020, e dell'art. 4, d.l. 28 del 2020, da parte degli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A seguito dei gravi danni metereologici dei mesi di ottobre e novembre 2018, con delibera del Consiglio dei Ministri dell'8 novembre 2018 veniva dichiarato lo stato di emergenza nel territorio del Veneto.

Con ordinanza n. 558 del 15 novembre 2018 il Capo del Dipartimento della Protezione civile aveva individuato il Presidente della Regione quale Commissario delegato per fronteggiare lo stato di emergenza e con d.P.C.M. del 27 febbraio 2019 venivano assegnate alla Regione Veneto le somme per la realizzazione degli

interventi volti alla messa in sicurezza del territorio e con ordinanza commissariale n. 5 del 2019 venivano individuati gli interventi da eseguire, tra i quali era previsto l'intervento di pulizia del lago di Alleghe e la realizzazione di un sistema di sicurezza in caso di piene, stabilendo che la conclusione del relativo contratto sarebbe dovuta avvenire entro il 30 settembre 2019.

Con il medesimo provvedimento veniva individuato il soggetto attuatore nella persona dell'Ing., in qualità di Amministratore Unico dis.p.a..

Con decreto n. 591 del 3 settembre 2019approvava il progetto definitivo e indicava una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto per la "Pulizia lago di Alleghe e realizzazione di un sistema di sicurezza in caso di piene - Progetto esecutivo", da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, con un termine ridotto per la ricezione delle offerte pari a 15 giorni, in considerazione della situazione di emergenza da fronteggiare.

Alla scadenza del termine pervenivano 86 offerte, tra cui quella dis.r.l., (di seguito Cig) risultata priva della cauzione provvisoria richiesta, a pena di esclusione, dall'art. 13 del disciplinare di gara.

....., con comunicazione a mezzo *pec* del 20 settembre 2019 attivava il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d.lgs. 50 del 2016, chiedendo all'interessata di produrre la cauzione provvisoria, entro due giorni consecutivi dal ricevimento della richiesta di integrazione, cauzione che il successivo 24 settembre non risultava presentata con conseguente esclusione.

Aperte le buste contenenti le offerte economiche è stato quindi individuato quale aggiudicatario dell'appalto il costituendo r.t.i. tra la mandataria s.c. a. r.l. e la mandante S.I.C.I. s.r.l. (di seguito solo r.t.i.).

Il 26 settembre 2019 era comunicata a Cig la sua esclusione e l'aggiudicazione al r.t.i. sopra indicato, disposte con decreto din. 843 del 24 settembre 2019.

Il 27 settembre 2019 Cig trasmetteva aun documento di polizza datato 24 settembre 2019 e di seguito la stessa impugnava il provvedimento con il quale è stata disposta l'aggiudicazione a favore del RTI, la sua stessa esclusione e gli atti connessi.

Venivano dedotti i seguenti motivi:

1. Violazione dell'art. 83 c. 9 d. lgs. 50 del 2016 , degli artt. 9.2 ultimo periodo e 13 c. 2 del disciplinare, dell'art. 9.2. ultimo periodo del disciplinare per violazione dei principi di proporzionalità e *favor participationis* di cui all'art. 30 d. lgs. 50 del 2016.
2. Violazione dell'art. 32 co. 9-11 d. lgs. 50 del 2016, dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, del diritto di difesa e del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in materia di appalti.
3. Illegittimità derivata dell'aggiudicazione.

Si costituivano in giudizios.p.a. e il Presidente della Regione Veneto in qualità di commissario delegato, le quali sostenevano una serie di inammissibilità del ricorso, in particolare il secondo eccepiva l'incompetenza del Tribunale adito, giacché la ricorrente aveva impugnato anche l'ordinanza del Capo della Protezione civile n. 601 dell'1 agosto 2019, ravvisando la competenza funzionale del T.A.R. Lazio, ai sensi dell'art. 135, comma 1, lett. e) del cod. proc. amm. che fa riferimento alle "controversie aventi ad oggetto le ordinanze e i provvedimenti commissariali adottati in tutte le situazioni di emergenza dichiarate ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 255, nonché gli atti, i provvedimenti e le ordinanze emanati ai sensi dell'art. 5, commi 2 e 4 della medesima legge n. 225 del 1992".

Infine i resistenti contestavano nel merito le censure ed eccepivano che la ricorrente sarebbe stata priva di interesse con riferimento alla formulazione del primo motivo di censura, causa la mancata produzione della polizza costituita anteriormente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte (ore 12.00 del 19 settembre 2019), pur in presenza del soccorso istruttorio azionato dalla stazione appaltante.

Si è costituito in giudizio l'aggiudicatario s.c. a. r.l., in proprio e quale mandatario del raggruppamento temporaneo d'impresе con S.I.C.I. s.r.l. il quale eccepiva l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, atteso che la ricorrente, presentando la propria domanda di partecipazione alla gara avrebbe prestato acquiescenza a tutte le disposizioni del disciplinare di gara, tra cui anche la previsione del termine di due giorni per l'eventuale soccorso istruttorio, espressamente previsto dall'art. 9.2 del disciplinare.

Nel merito la controinteressata sostiene l'infondatezza delle doglianze formulate dalla ricorrente.

Con memoria depositata il 4 novembre 2019, la ricorrente, preso atto dell'eccezione di incompetenza sollevata dal Presidente della Regione Veneto, rinunciava al secondo motivo di ricorso, ferma restando la domanda di annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione per i motivi sub 1 e 3 del ricorso e la consequenziale domanda di risarcimento in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso ex art. 122 cod. proc. amm., o in subordine per equivalente.

Il controinteressato in data 5 novembre 2019 proponeva ricorso incidentale.

Dopo aver rilevato che solo la ricorrente principale, unica su 86 concorrenti, non aveva presentato la cauzione provvisoria, dimostrando così una grave negligenza, il Consorzio controinteressato formulava i seguenti motivi:

1. Violazione dell'art. 13 del disciplinare di gara, della *lex specialis* di gara e dell'art. 97 Cost.
2. Violazione dell'art. 83 del D.lgs. n. 50 del 2016, della *lex specialis* di gara (artt. 9.2 e 13 del disciplinare), dei principi di imparzialità, trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa. Eccesso di poter per difetto di istruttoria e motivazione. Illogicità e contraddittorietà.

3. Violazione dell'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016. Difetto di motivazione.

Con sentenza 27 febbraio 2020 n. 195 il giudice di primo grado dichiarava preliminarmente inutilizzabili i documenti depositati dalla ricorrente principale il 16 gennaio in quanto depositati fuori termine ed altrettanto era deciso per la memoria conclusionale depositata dalla ricorrente principale il 20 gennaio 2020 oltre il termine delle ore 12.

Veniva quindi dato atto della rinuncia al secondo motivo e si rilevava poi l'infondatezza della residua parte del ricorso principale, prescindendo dall'eccezioni di inammissibilità dell'impugnativa.

La sentenza impugnata osservava che l'assegnazione a Cig di un termine di due giorni consecutivi per la produzione della cauzione provvisoria non prodotta unitamente alla domanda di partecipazione alla gara era da ritenersi legittima, sulla scorta dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50 del 2016 in merito alla sanatoria tramite soccorso istruttorio delle carenze di qualsiasi elemento formale della domanda e la fissazione di un termine inferiore alla metà di quanto determinato al massimo dal legislatore rientrava nella discrezionalità della P.A., in quanto detto termine era da ritenersi perentorio solo nel massimo, viste da una lato le ragioni di celerità insite nella gara e dall'altro le previsioni del disciplinare sul punto – artt. 9.2 e 13.

Nel caso di specie, come precisato nella parte in fatto, la ricorrente Cig, a fronte della richiesta di integrazione inoltrata dalla stazione appaltante in data 20 settembre 2019, ha presentato la nuova cauzione provvisoria solo in data 27 settembre 2019, sette giorni dopo e cinque dopo la scadenza del termine assegnato con il soccorso istruttorio.

Risultava perciò legittima la scelta della stazione appaltante di escludere l'odierna ricorrente per il tardivo deposito della documentazione richiesta tramite il soccorso istruttorio e ciò anche alla luce del principio di autoresponsabilità che imponeva a Cig, alla pari degli altri 85 concorrenti, di produrre tempestivamente tutta la

documentazione richiesta, sin dalla presentazione della propria domanda di partecipazione alla gara, e di provvedere, a maggior ragione, all'integrazione della cauzione provvisoria mancante nel termine perentorio di due giorni previsto dalla *lex specialis* e concesso dalla stazione appaltante; e tanto sopra senza omettere che la polizza depositata tardivamente era stata stipulata dopo la scadenza del termine di presentazione dell'offerta e con decorrenza successiva rispetto a tale termine – il 24 settembre.

In conclusione il ricorso principale doveva essere respinto con la conseguente improcedibilità del ricorso incidentale.

Con appello al Consiglio di Stato notificato il 21 luglio 2020 la Cig s.r.l. impugnava la sentenza in questione e lamentava dapprima la mancata presa in considerazione dei documenti e della memoria conclusionale, in contrasto con l'art. 4 comma 4, delle norma di attuazione del Cod. proc. amm. e quindi la ristrettezza perentoria del termine di soli due giorni applicato con il soccorso istruttorio per il deposito della polizza fideiussoria e concludeva quindi per la riforma della sentenza, ribadendo le conclusioni del ricorso introduttivo.

Si sono costituiti in giudizio il Commissario delegato per fronteggiare lo stato di emergenza,e la controinteressata, sostenendo tutti l'infondatezza dell'appello.

All'udienza tenutasi da remoto il 21 gennaio 2021 la causa è passata in decisione.

L'appello è infondato e va respinto, sebbene si debbano esprimere rilevanti considerazioni in relazione a quanto affermato dalla sentenza impugnata.

In particolare con il secondo motivo, l'appellante si duole tra l'altro che il primo giudice non abbia ritenuto idonea la cauzione provvisoria prodotta da Cig s.r.l., perché perfezionata alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, poiché la sua produzione entro il termine di legge previsto dall'art. 83 comma 9 del d. lgs. 50 del 2016 avrebbe garantito una sostanziale sanatoria di quanto assente nella

domanda, al di là dell'illegittima ristrettezza del termine di soli due giorni assegnato alla Cig in sede di soccorso istruttorio per rimediare alla carenza rilevata.

La giurisprudenza di questa Sezione ha più volte affermato che ai sensi dell'art. 83, comma 9 del codice dei contratti pubblici, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio le "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", con esclusione di quelli "afferenti all'offerta".

La "garanzia provvisoria" - destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6 d. lgs. n. 50 cit.) - non costituisce un elemento formale, ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa - e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione - essendo come tale sottratta - per il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti - alla possibilità di soccorso istruttorio.

Nel caso di specie, peraltro, il soccorso è stato bensì ammesso, ma sul mero presupposto che fosse stata omessa, per mero errore e/o dimenticanza, la relativa documentazione: laddove il riscontro della avvenuta regolarizzazione postuma ha correttamente imposto l'estromissione dalla gara (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; V, 22 ottobre 2018, n. 6005; V, 26 luglio 2016, n. 3372).

Tale interpretazione è pacificamente desumibile dal predetto art. 83 comma del codice dei contratti pubblici, il quale recita: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del*

termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.”

Come si deve rilevare il legislatore fa menzione dell'attivazione della la procedura di soccorso istruttorio per le “carenze di qualsiasi elemento formale della domanda” per ovviare alle mancanze o alle irregolarità di questa, la stazione appaltante assegnerà al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per integrare la domanda.

La ragione di tale interpretazione risiede nel tenore letterale dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui la finalità sottesa alla procedura di soccorso istruttorio è quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara dai concorrenti, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale. Tanto considerato, si esclude che la predetta procedura possa avere anche la funzione di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte: diversamente, infatti, si violerebbero i principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti (Cons. Stato, III, 26 giugno 2020 n. 4103; vedi anche id., V, 9 marzo 2020 n. 1671).

Quanto alla correttezza del termine ristretto assegnato con il soccorso istruttorio, fedele alle previsioni di bando, se ne deve rilevare l'illogica ristrettezza e ciò anche nel caso, come quello in esame, la sua brevità fosse disposta da apposita norma del disciplinare – art. 9, punto 2.

Sebbene nel caso dell'ordinario soccorso istruttorio il concorrente debba produrre una mera integrazione documentale della domanda, (Cons. Stato, V, 22 aprile 2020, n.2551), l'art. 83 comma 9 predetto stabilisce un termine massimo di dieci giorni da assegnare al concorrente per rimediare alle irregolarità e quindi la previsione di soli due giorni stabilita dal disciplinare di gara appare palesemente giugulatoria.

Non può valere l'assunto della stazione appaltante per cui detto termine era finalizzato alla produzione di documenti o dati erroneamente non allegati, dato che il soccorso istruttorio è massimamente finalizzato a rimediare a tali incompletezze o errori per cui, ove la legge preveda un termine non superiore a dieci giorni se è chiaro che questo non vada superato, deve essere altresì evidente che non lo si possa ridurre ad una parentesi temporale pressoché simbolica, in cui anche un difetto di trasmissione incolpevole può causare conseguenze irreparabili.

L'appello rimane comunque da respingere per le conclusioni sulla formazione sostanziale dei documenti prima della presentazione delle domande, ma in ogni caso va richiamato quanto ora specificato per la sua rilevanza ed ai fini della compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso nelle camere di consiglio dei giorni 21 e 22 gennaio 2021 tenute da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO