

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 4984 del 4 giugno 2024

Appalti di lavori – Garanzia provvisoria – Errata indicazione beneficiario della polizza –
Soccorso istruttorio – Ammissibilità

Publicato il 04/06/2024

N. 04984/2024REG.PROV.COLL.

N. 08367/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8367 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

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

nei confronti

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

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per la riforma:

della sentenza in forma semplificata del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00718/2023, resa tra le parti;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (...) S.r.l. il 22/1/2024:

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto del 4.12.2023, per notar (...) rep. 18491, racc. 14634, con richiesta di subentro dell'appellante nell'esecuzione della commessa, ovvero, in subordine per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di (...) e di Consorzio di Bonifica (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati (...) in dichiarata delega di (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. (...) S.r.l., (d'ora in poi per brevità anche (...)) ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per il Lazio, sez. distaccata di Latina, sez. I, 17 ottobre 2023, n. 718, con la quale si è respinto il ricorso da essa presentato avverso la determinazione dirigenziale n. 157 del 9.8.2023, con cui il Consorzio di Bonifica (...) ha aggiudicato la gara S.U.A. 3/2023, avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di “*Intervento di manutenzione corso d'acqua Fosso Acqua Candida ne Comune di Cervaro*” (CUP (...) -CIG (...)), alla (...) S.r.l. (di seguito (...)).

2. Con deliberazione commissariale n. 166 del 31.12.2022 il Consorzio di Bonifica (...) (d'ora in poi "Consorzio"), tramite adesione alla convenzione stipulata con la Stazione Unica Appaltante (S.U.A.) della Provincia di (...) (rif. Delibera consortile n. 105/2021), indiceva infatti una procedura aperta, ex art. 60 del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento *de quo*, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il termine ultimo di presentazione delle offerte veniva fissato alle ore 9.30 del 17.2.2023.

2.1. In esito alle operazioni di gara, la S.U.A., con nota provinciale prot. n. 24636 del 5.7.2023, acquisita al prot. consortile n. 5932 del 6.7.2023, comunicava la proposta di aggiudicazione del contratto in favore della (...), mentre la società (...) si classificava al secondo posto.

La proposta di aggiudicazione veniva approvata dall'organo competente della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d.lgs. 50/2016.

Successivamente, ai sensi dell'art. 32, comma 5, del d.lgs. 50/2016, la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione, provvedeva all'aggiudicazione, disposta con determinazione dirigenziale n. 157 del 9.8.2023.

Il provvedimento di aggiudicazione veniva dunque comunicato alle altre ditte partecipanti con nota dell'11.8.2023.

3. Con il ricorso di *prime cure* l'odierna appellante deduceva che, entro il termine ultimo di presentazione delle offerte, la (...) aveva prodotto la propria offerta, alla quale era allegata la garanzia provvisoria, avente come beneficiario la S.U.A. Provincia di (...), e che, come risultante dallo stesso provvedimento di aggiudicazione, con nota prot. provinciale n. 0029066 del 4.8.2023, acquisita al protocollo consortile al n. 7012/2023, la S.U.A. aveva comunicato al Consorzio che in data 3.8.2023 alla (...) era stata inviata una richiesta di soccorso istruttorio, avente ad oggetto la garanzia provvisoria, che andava modificata in modo tale da renderla conforme a quanto richiesto dal disciplinare di gara, il cui punto 3.6.1

affermava esplicitamente che la garanzia provvisoria dovesse essere intestata al Consorzio, quale Ente Aggiudicatore, e non alla Provincia.

La (...) riscontrava detta richiesta in pari data, trasmettendo un atto addizionale della polizza n. 099341.

3.1. A sostegno dell'impugnativa (...) articolava dunque due motivi di ricorso.

3.2. Con il primo motivo lamentava la violazione e/o falsa applicazione dei punti 3 e 6.2 del disciplinare di gara; la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 93, co. 1, del d.lgs. 50/2015; l'eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore nei presupposti di fatto e di diritto; la violazione dei principi di parità di trattamento e *par condicio competitorum*; l'ingiustizia manifesta.

In sostanza la ricorrente censurava la scelta della stazione appaltante di essere ricorsa al soccorso istruttorio, consentendo alla (...) di sanare la cauzione provvisoria già presentata con l'indicazione del beneficiario errato, e conseguentemente la scelta di aggiudicare l'appalto alla (...), nonostante la stessa avesse prodotto una cauzione nulla e insanabile, sulla base del rilievo che costituisse una nuova polizza, con data di emissione successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Con il secondo motivo, invece, lamentava la violazione e/o falsa applicazione del punto 3 del disciplinare di gara; la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 93, co. 8, e 103 del d.lgs. 50/2016; l'eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore nei presupposti di fatto e di diritto.

3.3. Essendo stato oggetto di rinuncia, nella camera di consiglio fissata per la trattazione dell'incidente cautelare, questo secondo motivo, il primo giudice decideva con sentenza in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a., rigettando il ricorso sull'unico motivo residuo, sulla base del rilievo che la polizza prodotta entro il termine di presentazione dell'offerta recasse in sé già tutti gli elementi identificativi sia della gara, che dell'effettivo ente appaltante, contenendo solo un mero errore in merito alla indicazione del beneficiario (stazione unica appaltante), per cui l'atto

addizionale aveva semplicemente emendato un mero errore materiale, suscettibile di essere sanato in sede di soccorso istruttorio, come chiarito dalla giurisprudenza in materia e dall'orientamento dell'Anac (di cui alla delibera Anac n. 589, 28 luglio 2021, citata nella nota di avvio del soccorso istruttorio).

4. Con il presente atto di appello (...) ha formulato, in un unico motivo, le seguenti censure avverso la sentenza di *prime cure*:

I. *Error in iudicando*. Difetto di motivazione. Errore nei presupposti di fatto e di diritto. Violazione e/o falsa applicazione dei punti 3 e 6.2 del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, co. 9, e 93, co. 1, del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed errore sui presupposti di fatto e di diritto. Violazione dei principi di parità di trattamento e par condicio competitorum. Ingiustizia manifesta.

5. Si sono costituiti in resistenza (...), il Consorzio e la Provincia, instando per il rigetto dell'appello.

6. L'istanza di tutela cautelare monocratica è stata respinta con il decreto n. 4348 del 2023 alla stregua dei seguenti rilievi: "*Considerato che, in disparte ogni valutazione del fumus boni iuris, maggiormente consona alla fase di tutela cautelare collegiale, che appare comunque condivisibilmente apprezzato dal primo giudice in aderenza alla delibera ANAC 28 luglio 2021 n. 589, allo stato le argomentazioni poste dalle appellanti a fondamento dell'istanza di misure cautelari monocratiche appaiono di carattere ipotetico, non allegando alcun elemento concreto a sostegno del carattere di gravità ed irreparabilità del possibile danno*".

7. Alla camera di consiglio del 9 novembre 2023, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, su concorde richiesta delle parti, si è disposto il rinvio della causa all'udienza pubblica dell'8 febbraio 2024, fissata per la trattazione di merito.

8. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato in data 22 gennaio 2024, parte appellante ha richiesto, per la prima volta in sede di appello, sia la declaratoria di inefficacia del contratto, con correlativo subentro che, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente, con richiesta anche del danno

curriculare, affermando che dall'offerta economica era possibile evincere l'utile nella misura del 10% e che l'*aliunde perceptum* avrebbe dovuto essere dimostrato da parte appellata.

9. Nelle more della celebrazione dell'udienza pubblica, le parti hanno prodotto articolate memorie difensive, ex art. 73 comma 1 c.p.a..

9.1. In particolare (...) ha eccepito l'inammissibilità dell'appello in quanto mera riproposizione dei motivi di *prime cure*, senza critica ragionata della sentenza.

9.2. Il consorzio di Bonifica ha eccepito l'inammissibilità dei motivi aggiunti in appello e la tardività della produzione documentale afferente la domanda risarcitoria.

9.3. La Provincia di (...) ha insistito per il rigetto dell'appello.

9.4. (...), replicando all'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, ha precisato che l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la domanda di inefficacia del contratto non potrebbe essere formulata per la prima volta in grado di appello, meriterebbe di essere rivisto, dovendosi garantire l'effettività della tutela giurisdizionale.

10. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica dell'8 febbraio 2024.

DIRITTO

11. Il presente contenzioso ha ad oggetto la contestazione da parte dell'appellante (...), seconda graduata nella procedura di gara per l'affidamento dei lavori di "*Intervento di manutenzione corso d'acqua Fosso Acqua Candida ne Comune di Cervaro*", gestita per conto dell'ente aggiudicatario, Consorzio di Bonifica (...), dalla S.U.A. Provincia di (...), dell'aggiudicazione in favore di (...) S.r.l., fondata sul rilievo dell'illegittimità del soccorso istruttorio esperito in favore dell'aggiudicataria, volto alla sanatoria della prestazione della cauzione provvisoria, per renderla conforme a quanto richiesto dal disciplinare di gara, il cui punto 3.6.1 afferma che la garanzia provvisoria debba essere intestata al Consorzio, quale Ente Aggiudicatore, e non

alla Provincia di (...) quale S.U.A..

12. In *limine litis*, a fronte dell'eccezione di inammissibilità dell'appello, formulata da (...), sulla base del rilievo che le censure sarebbero mera riproduzione dei motivi di ricorso di *prime cure*, senza critica ragionata dell'*iter* logico seguito dal primo giudice, va precisato che seppure è vero che secondo la giurisprudenza in materia l'esame delle questioni preliminari deve precedere la valutazione del merito della domanda (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4), a tale principio può derogarsi nella ricorrenza di esigenze eccezionali di semplificazione, che possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5).

12.1. Nell'ipotesi di specie, proprio in aderenza al richiamato principio di economia processuale, che consente di risolvere la controversia sulla base della ragione più liquida, può soprassedersi dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità dell'appello, avuto riguardo all'infondatezza del gravame.

12.2. Per le medesime ragioni può del pari essere assorbita la disamina dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e della correlativa documentazione, sollevata dal Consorzio.

Ed invero il rigetto dell'appello, con conseguente conferma della sentenza di *prime cure* e del provvedimento di aggiudicazione in favore di (...) priva di valenza il ricorso per motivi aggiunti, avente ad oggetto la declaratoria di inefficacia del contratto, ovvero in subordine il risarcimento per equivalente monetario, venendo a mancare il presupposto per l'esperimento della domanda risarcitoria, vuoi in forma specifica, vuoi per equivalente, a fronte di un *agere* legittimo della P.A..

13. Con l'unico motivo parte appellante lamenta che (...) avrebbe dovuto essere esclusa, avendo prodotto nei termini per la presentazione delle offerte una cauzione provvisoria contenente il beneficiario errato; pertanto illegittimamente la stessa era stata ammessa al soccorso istruttorio al fine di emendare

l'errore, dovendo la garanzia provvisoria considerarsi parte essenziale dell'offerta e prescrivendo il disciplinare di gara, al punto 3 che la mancanza della cauzione o meglio la cauzione emessa con data successiva alla data di scadenza della gara comporterà l'esclusione dell'offerente dalla procedura.

Pertanto, in tesi di parte appellante, in applicazione della *lex specialis* di gara e della giurisprudenza in materia, il soccorso istruttorio poteva essere esperito solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria fosse di data anteriore al termine di presentazione delle offerte.

Da ciò l'erroneità del *decisum* di *prime cure*, che aveva per contro considerato l'erronea indicazione del beneficiario nella cauzione provvisoria come mero errore formale, emendabile con il soccorso istruttorio; tesi errata, dovendo ascriversi la cauzione provvisoria in materia di contratti pubblici al contratto autonomo di garanzia e non alla fideiussione, per cui il rapporto obbligatorio nascerebbe direttamente fra il garante ed il beneficiario, senza alcun vincolo di accessorieta', come evincibile dall'art. 93 comma 4 del d.lgs. 50 del 2016.

Pertanto le deduzioni difensive della controinteressata, secondo cui la garanzia stipulata in favore del soggetto giuridico "Provincia di (...)" poteva comunque essere escussa dal diverso soggetto giuridico "Consorzio di Bonifica (...)", alla luce di una "lettura logica combinata e in buona fede della polizza e degli atti di gara" (così p. 9 memoria di primo grado del Consorzio), non poteva considerarsi degna di alcun pregio giuridico.

Ed invero, in tesi di parte appellante, con il cd. atto addizionale della garanzia provvisoria, trasmesso all'esito del soccorso istruttorio, era stato modificato un elemento essenziale, ovvero l'indicazione del beneficiario.

14. Le censure sono destituite di fondamento.

14.1. Ed invero il collegio non ignora che secondo la giurisprudenza in materia, richiamata anche da parte appellante (ex multis Cons. Stato Sez. V, 28 giugno 2022, n. 5347) "*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 del 2016) - 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: come tale, essa è sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio, stante il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804)".

Ciò in applicazione del costante orientamento giurisprudenziale secondo il quale la carenza di uno degli elementi dell'offerta ritenuti essenziali dalla *lex specialis* ben legittima l'esclusione dell'offerta difettosa, senza che ciò comporti alcuna violazione del principio di tassatività delle cause d'esclusione di cui all'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2020, n.960; Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247; 30 aprile 2018, n. 2587; 14 aprile 2016, n. 1494).

Alla stregua di tale indirizzo giurisprudenziale pertanto in estrema sintesi: a) la garanzia provvisoria è parte essenziale e integrante dell'offerta; b) la carenza di un simile requisito dell'offerta, essenziale, secondo la legge di gara, giustifica l'esclusione senza violazione del suddetto principio di tassatività delle relative cause.

Funzione essenziale della garanzia provvisoria è infatti quella di assicurare la serietà e l'affidabilità dell'offerta "a garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche" (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014 n. 4733), di tal che va acquisita come "parte essenziale ed integrante dell'offerta" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804), con il corollario che sua mancata presentazione (o la omessa od inadeguata integrazione) rappresenta di per sé legittima causa di esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica comminatoria in tal senso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483).

14.2. Peraltro vi è da precisare che la sentenza Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2021, n. 804, richiamata anche nelle successive sentenze innanzi indicate, è riferibile ad ipotesi differente da quella di cui è causa, ovvero all'ipotesi in cui non era stata prodotta la garanzia provvisoria e la mancanza non era ascrivibile a semplice dimenticanza, come ravvisato in sede di soccorso istruttorio.

In tale sentenza, avuto riguardo pertanto all'assoluta mancanza della produzione della garanzia provvisoria si è pertanto affermato che *“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)”*.

La sentenza n. 5347 del 2022, innanzi citata e richiamata da parte appellante, si riferisce per contro a produzione della cauzione provvisoria rilasciata da soggetto non autorizzato, pertanto a fattispecie del tutto differente da quella di cui è causa.

15. Per contro, rispetto alla fattispecie *de qua*, giova, precisare, che, come del resto ricordato dal primo giudice:

a) il Disciplinare di gara prevede espressamente, all'art. 3.6.1, lett. a, che la garanzia provvisoria sia *“intestata a al Consorzio di Bonifica (...) per un importo di euro 14.551,80 pari al 2% (due per cento) del valore a base di gara di cui al punto 2.1”*; precisando, ancora, alla successiva lett. f, che *“il beneficiario della garanzia provvisoria, che deve essere chiaramente indicato anche sulla fideiussione di cui alla lettera d), è l'Ente Appaltante nelle premesse indicato”*;

b) la precisazione contenuta nel Disciplinare di gara si rendeva necessaria in una

procedura di gara, come quella *de qua*, indetta, in qualità Stazione Unica Appaltante, dalla Provincia di (...) per conto, però, del Consorzio di bonifica (...), in qualità di ente appaltante;

c) all'esame della documentazione di gara, la S.U.A. si avvedeva che la garanzia provvisoria prestata dalla prima graduata, ovvero la società (...) recava, nello spazio preposto all'indicazione del nominativo del beneficiario, la Provincia di (...) anziché il Consorzio di bonifica;

d) l'obbligazione garantita era però indicata in modo preciso e puntuale, mediante la descrizione della gara con espressa indicazione dell'ente appaltante (Consorzio di bonifica (...)) e dei codici CIG e CUP che, come noto, sono unici per ogni procedura di gara e sono idonei a identificarla univocamente;

e) con nota del 3 agosto 2023, trasmessa tramite la piattaforma di gara, la S.U.A., "vista la delibera n. 589 del 28 luglio 2021 dell'ANAC, che applicata al caso di specie, consente il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio" chiedeva alla controinteressata di inviare apposita documentazione, tesa a chiarire che l'esatto beneficiario dovesse intendersi il Consorzio e non la Provincia, come richiesto dal disciplinare di gara;

f) l'impresa provvedeva all'invio di quanto richiesto nella stessa giornata del 3 agosto 2023, trasmettendo l'atto addizionale alla medesima polizza n. 099341 prodotta nella busta amministrativa, nel quale si legge: "*con la presente appendice che forma parte dell'atto cui si riferisce si precisa che l'esatto beneficiario è il Consorzio (...). Fermo ed invariato il resto*";

g) la S.U.A., ravvisando che l'atto addizionale recava il medesimo numero della polizza già prodotta, costituendone, dunque una mera integrazione, provvedeva a trasmettere al Consorzio la proposta di aggiudicazione in favore della (...).

16. Nella fattispecie *de qua*, riferita all'erronea indicazione del soggetto beneficiario della polizza- stazione appaltante - si verte pertanto su un mero errore nella compilazione della prima casella della scheda tecnica della polizza, errore reso

peraltro palese dall'indicazione dell'effettivo ente affidatario nella casella immediatamente sottostante, riferita all'oggetto della garanzia. Pertanto l'atto addizionale alla polizza, prodotto all'esito del soccorso istruttorio, si limita a chiarire, emendando la mera svista in cui si era incorsi nella compilazione della polizza, che *“con la presente appendice che forma parte dell'atto cui si riferisce si precisa che l'esatto beneficiario è consorzio (...)...”* (atto addizionale n. 2 alla polizza n.099341 del 3.08.23).

16.1. A tale fattispecie pertanto ben può applicarsi il principio già espresso da questo Consiglio di Stato in una fattispecie analoga (Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 agosto 2013 n.4162), seppure riferito al previgente d.l.gs. 163 del 2006, secondo cui *“E' pur vero che la garanzia provvisoria è prescrizione contemplata a corredo dell'offerta e ne costituisce parte integrante non suscettibile di adempimento postumo, pena la violazione della par condicio, tuttavia, nel caso di specie non si discorre di violazione dell'obbligo di presentazione della garanzia ma di un peculiare profilo di irregolarità, costituito dall'erronea indicazione, quale beneficiario, della stazione unica appaltante piuttosto che dell'ente committente. Trattasi di un'irregolarità non così grave da determinare l'inesistenza della garanzia (come sostenuto dall'amministrazione appaltante), non attinente a profili specificatamente previsti dalla legge, nè rientrante, in quanto tale, tra gli elementi essenziali dell'offerta; altresì scusabile in ragione del diretto e primario ruolo rivestito nella gara dal Provveditorato OO.PP., e di conseguenza sanabile a mezzo del cd potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46 comma 1, il quale consente, oltre ai chiarimenti, anche l'eventuale "completamento" dei documenti. Si discorre di violazione dell'obbligo di presentazione della garanzia, ma di un peculiare profilo di irregolarità.*

17. Occorre al riguardo osservare che l'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n.241/1990), ad una fondamentale principio antiformalistico che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in inutile

pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa.

In tale prospettiva, la regola – che traduce operativamente un canone di *leale cooperazione* e di *reciproco affidamento* tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 *bis* legge n.241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale vi dedica (a differenza del Codice previgente, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *de qua*, che lo disciplinava a margine dei criteri di selezione delle offerte: cfr. art. 83, comma 9 d. lgs. n. 50/2016) una autonoma e più articolata disposizione (art. 101 d.lgs. n. 36/2023) superando talune incertezze maturate nella prassi operativa (in tal senso Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023 n. 7870).

Pertanto, utilizzando tale disposto normativo in chiave teleologica ed in funzione esegetica dell'art. 83 comma 9 d.lgs. 50 del 2016, secondo quanto già ritenuto da questa Sezione nel citato precedente (21 agosto 2023 n. 7870) è possibile distinguere tra:

a) soccorso *integrativo* o *completivo* (comma 1, lettera *a*) dell'art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente *quantitativi*, al recupero di *carenze* della c.d. documentazione *amministrativa* necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'*offerta*, sia sotto il profilo *tecnico* che sotto il profilo *economico*), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

b) soccorso *sanante* (comma 1 lettera *b*), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini *qualitativi*, di *rimediare* ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe

a rimettere in gioco domande inammissibili);

c) soccorso *istruttorio* in senso stretto (comma 3), che – recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. *procedimentale* – abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare *chiarimenti* o *spiegazioni* sui *contenuti* dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della *par condicio*) di apportarvi qualunque modifica;

d) soccorso *correttivo* (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso *in senso stretto*), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite *formale* del rispetto dell'anonimato e *sostanziale* della immodificabilità contenutistica.

La norma del nuovo codice inoltre si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi controverse) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti *di data certa*, anteriore al termine di presentazione delle offerte): a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; b) l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; b) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

17.1. L'ipotesi sub b), che rileva nella presente fattispecie, è peraltro riconducibile ad un orientamento giurisprudenziale formatosi nel vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, già indicato dal primo giudice, secondo il quale l'operatore economico è legittimato

a rimanere in gara nel caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione, pena la violazione della *par condicio* tra tutti i concorrenti, realizzata nel caso in cui venga ad uno di essi consentita la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva a tale momento (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 804, 16 gennaio 2020, n. 399 e 4 dicembre 2019, n. 8296).

17.2. Peraltro anche l'Anac, con la delibera 28 luglio 2021, citata nella nota di avvio del soccorso istruttorio, si era pronunciata nel senso dell'esperibilità del soccorso istruttorio in ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di *par condicio* (cfr. Anac, delib. n. 298 del 1 aprile 2020; n. 372 del 17 aprile 2019 e n. 339 del 28 marzo 2018).

17.3. Pertanto l'istituto del soccorso istruttorio ben poteva essere applicato, come correttamente ritenuto dal primo giudice, alla fattispecie *de qua*, trattandosi di correggere, emendando un mero errore materiale – *ictu oculi* riscontrabile dall'esatta indicazione dell'ente appaltante nell'oggetto della garanzia – la polizza fideiussoria già prodotta, come palesato dalla circostanza che è rimasta invariata la data di decorrenza della garanzia e la relativa scadenza e che il numero di polizza è il medesimo.

18. Ciò senza tralasciare di considerare che nella fattispecie *de qua* - avuto riguardo alla chiara indicazione nella polizza dell'ente affidatario, a fronte della contrastante ed erronea indicazione del soggetto beneficiario nella S.U.A. - il soccorso istruttorio espletato ben possa essere assimilato ad un soccorso procedimentale, come noto esperibile anche per superare eventuali ambiguità dell'offerta tecnica ed economica.

18.1. Infatti secondo la giurisprudenza formatasi sul soccorso procedimentale:

- in linea generale è ammessa la “rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all’offerta” (Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2018, n. 7039);

- in questa direzione: “il “soccorso procedimentale” ... consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire ... chiarimenti volti a consentire l’interpretazione della sua offerta e a ricercare l’effettiva volontà dell’offerente superando le eventuali ambiguità dell’offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell’offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con essa assunta” (Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2022, n. 8481);

- più in particolare: il “soccorso c.d. procedimentale ... abilita la stazione appaltante (o l’ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell’offerta tecnica e/o dell’offerta economica, finalizzati a consentirne l’esatta acquisizione e a ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica” (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870);

- pertanto: simili chiarimenti o “puntualizzazioni di elementi dell’offerta” non possono tradursi in una operazione di “integrazione o modificazione postuma dell’offerta”. Non debbono in altre parole essere apportate “correzioni” nell’offerta medesima (Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680);

- deve così trattarsi di “rettifica di un errore manifesto dell’offerta” ossia di un “chiaro errore di calcolo, *claris verbis* evincibile dall’offerta”, in ogni caso “fermo il divieto di integrazione dell’offerta” (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2023, n. 324);

- ciò non solo per ragioni di *par condicio competitorum* ma anche in forza di un

“principio generale dell’autoresponsabilità dei concorrenti, secondo cui ciascuno di essi sopporta le conseguenze degli eventuali errori commessi nella formulazione dell’offerta e nella presentazione della documentazione” (Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1482);

- in conclusione: “Nel caso di incompletezza e indeterminatezza dell’offerta è esclusa la possibilità di ricorso al cd. soccorso istruttorio” (Cons. Stato, sez. III, 10 febbraio 2023, n. 1482, cit.).

Come chiarito di recente da questa Sezione (Cons. Stato, Sez. V, 03 novembre 2023, 9541) anche nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (per tutte cfr. sez. V, 27 gennaio 2020, 680) è consolidata nel senso che la mera richiesta volta ad ottenere delucidazioni sulla interpretazione dell'offerta tecnica non comporta che i chiarimenti resi costituiscano una modifica dell'offerta presentata in gara, se essi sono limitati a specificare la portata di elementi già interamente contenuti nella stessa offerta (non è superfluo rammentare, per il valore di principio che la norma può assumere anche in procedimenti esclusi dall'ambito di applicazione della legislazione sui contratti pubblici, che nel nuovo codice dei contratti pubblici, approvato con il D.Lgs. n. 36 del 2023, la fattispecie è stata testualmente prevista all'art. 101, comma 3: "*La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell'offerta tecnica e dell'offerta economica e su ogni loro allegato. L'operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall'operatore economico non possono modificare il contenuto dell'offerta tecnica e dell'offerta economica*").

18.2. Pertanto, fermi restando i dovuti distinguo fra il soccorso procedimentale esperibile, nei limiti innanzi indicati, sull’offerta tecnica ed economica, ed il soccorso istruttorio esperibile su una polizza fideiussoria già rilasciata al momento della presentazione dell’offerta - avuto riguardo anche alla circostanza che la polizza viene rilasciata da un soggetto terzo, ovvero dal garante - l’atto integrativo

alla polizza, avente la medesima decorrenza e costituente parte integrante della medesima, è del tutto ammissibile laddove lo stesso, lungi dal modificare la polizza, miri semplicemente a chiarire l'ambiguità presente nella stessa polizza e pertanto l'effettiva volontà ad essa sottesa, emendando un errore, facilmente evincibile, come nella specie, dall'esatta indicazione dell'ente affidatario nell'oggetto della garanzia.

19. In considerazione di tali plurimi rilievi, l'appello va respinto, non rilevando nei termini innanzi indicati, avuto riguardo alla funzione di mero chiarimento dell'atto integrativo, la circostanza che la polizza fideiussoria sia assimilabile ad un contratto autonomo di garanzia e non ad una fideiussione.

19.1. Al rigetto dell'appello consegue, nei termini innanzi indicati, anche il rigetto del ricorso per motivi aggiunti.

19.2. Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all'esame del Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex *plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3176).

Gli argomenti di difesa non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

20. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, integrato dal ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna (...) s.r.l. alla refusione delle spese di lite in favore della Provincia di

(...), del Consorzio di Bonifica (...) e di (...) S.r.l., liquidandole in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore di ciascuna parte, oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Diana Caminiti

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO