

## **La mancata produzione della cauzione definitiva non determina l'esclusione dalla gara ed è sanabile mediante il ricorso al “soccorso istruttorio”**

*di Marco Lesto*

*Data di pubblicazione: 30-11-2016*

*1. Il nuovo comma 1-ter dell'art. 46 del D.lgs. 163/2016 sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione delle garanzie a corredo dell'offerta, laddove la norma consente la regolarizzazione di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi.*

*2. Tutte le eventuali irregolarità, come la mancata produzione, già in sede di gara, della cauzione definitiva, non determinano l'esclusione dalla gara, imponendo piuttosto all'Amministrazione l'attivazione dei poteri di soccorso istruttorio*

### **GUIDA ALLA LETTURA**

La sentenza in rassegna ha ad oggetto la contestata legittimità del provvedimento di aggiudicazione di una gara. Il principale motivo di contestazione riguarda l'asserita violazione degli artt. 75-113 d. lgs. n. 163/06 per non avere l'Amministrazione appaltante escluso l'aggiudicataria nonostante la mancata produzione, da parte di quest'ultima, della cauzione definitiva.

Sul punto l'art. 75 dell'abrogato Codice (trasfuso nell'art. 93 del D.lgs. 50/2016) prevede che l'offerta sia corredata da una garanzia a copertura della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario (commi 1 e 5) nonché, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare garanzia per l'esecuzione del contratto (articolo 113), qualora l'offerente ne risulti affidatario (comma 8).

Il successivo art. 113 (art. 103 del vigente Codice) dispone che “l'esecutore del contratto è obbligato a costituire una garanzia fideiussoria” a copertura degli oneri per il mancato od inesatto adempimento, pena la decadenza dell'affidamento e l'escussione della cauzione provvisoria.

Dal delineato quadro normativo si evince chiaramente come la comminatoria della decadenza

contrattuale, per l'omessa prestazione della garanzia definitiva, e dell'esclusione dalla procedura di gara, nel caso in cui l'offerta non sia corredata da valido impegno a rilasciare la cauzione all'esito della stessa, sia espressamente stabilita dalla legge e, in particolare, dagli articoli 75, comma 8, e 113, comma 5, del D.Lgs. 163/2006[1].

Diversamente il comma 1 del ridetto art. 75 non prevede espressamente una sanzione espulsiva a carico del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia provvisoria non venga prestata.

Secondo una parte della giurisprudenza, la disposizione citata possiede, tuttavia, un contenuto immediatamente prescrittivo e vincolante tale da far considerare la produzione del documento di garanzia in parola un **elemento essenziale dell'offerta**, di guisa che la mancata presentazione nei termini della cauzione provvisoria diretta ad assicurare la serietà dell'offerta e a costituire una liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso non si pervenga alla stipula del contratto, appare suscettibile di essere sanzionato con la non ammissione alla gara[2].

L'offerta non corredata della garanzia provvisoria deve ritenersi carente di un elemento essenziale[3] e perciò stesso non è ammissibile, né è invocabile nella circostanza il c.d. *potere di soccorso*, non versandosi in ipotesi di regolarizzazione documentale[4].

Su questa posizione si è attestata la giurisprudenza anche con riferimento all'eventualità di un inadempimento dell'obbligo dichiarativo di cui al comma 8 dell'art. 75 D.lgs. 163/2006[5].

In senso contrario è stato, tuttavia, affermato che la carenza e le irregolarità della cauzione provvisoria non giustificano l'esclusione della concorrente dalla gara, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione codificato dall'art. 46 comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006, ma impongono alla stazione appaltante di promuovere la regolarizzazione, ai sensi dei commi 1 e 1 ter della medesima disposizione, anche attraverso la produzione di una nuova cauzione[6].

È stato, in particolare, rilevato che l'art. 46 comma 1 bis d.lgs. n. 163/2006 prevede l'esclusione non per ogni vizio del contenuto dell'offerta ma nei soli casi di "**incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta**" stessa[7].

La mancanza o l'irregolarità della cauzione provvisoria, pur incidendo sul contenuto dell'offerta, non ne determina l'"*incertezza assoluta*" e ciò in ragione della **funzione meramente accessoria** riconosciuta alla stessa dalla giurisprudenza, secondo cui la cauzione può essere ricondotta alla "*caparra confirmatoria, sia perché è finalizzata a confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro, sia perché tale qualificazione risulta la più coerente con l'esigenza, rilevante contabilmente, di non vulnerare l'amministrazione costringendola a pretendere il maggior danno...In definitiva e in sostanza, si tratta di una misura di indole patrimoniale, priva di carattere sanzionatorio amministrativo nel senso proprio, che costituisce l'automatica conseguenza della violazione di regole e doveri contrattuali espressamente accettati*"[8].

Il medesimo ragionamento vale *mutatis mutandis* per la garanzia definitiva e per l'impegno a

prestarla. A quest'ultimo proposito è stato affermato che, *una volta acclarato che l'impegno del fideiussore non attiene al contenuto dell'offerta, non sussisterebbero dubbi sulla piena operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, come previsto, nella sua amplissima latitudine dall'art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06*[\[9\]](#). **Il legislatore ha inteso, in tutte le ipotesi in cui il difetto degli elementi non attenga al contenuto dell'offerta, sostituire la sanzione espulsiva con una sanzione pecuniaria, quella prevista dall'art. 38, comma 1 bis d.lgs. 163/06, espressamente richiamato dall'art. 46, comma 1 – ter d.lgs. 163/06**[\[10\]](#).

Più in generale, l'evoluzione normativa dell'istituto del “*soccorso istruttorio*” ha mutato i termini del dibattito circa l'applicabilità dell'istituto medesimo alle ipotesi di omesso adempimento, sotto qualsiasi forma, degli obblighi di garanzia in materia di appalti.

Con l'introduzione nell'impianto del previgente Codice dei commi 2 bis dell'art. 38 e 1 ter dell'art. 46 (per effetto dell'art. 39, commi 1 e 2, legge n. 114 del 2014) il legislatore ha, infatti, espresso una chiara opzione per il principio del *favor participationis*. Nello specifico, **il nuovo comma 1-ter dell'art. 46 del D.lgs. 163/2016 sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione delle garanzie a corredo dell'offerta, laddove la norma consente la regolarizzazione di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli *elementi* e delle dichiarazioni, anche di soggetti *terzi***[\[11\]](#).

Come ricordato dalla I sezione del Tar Lecce nella sentenza in commento, tali principi sono pacificamente affermati dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha chiarito 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***”[\[12\]](#).

Nell'applicazione dei delineati principi la Sezione ha respinto il ricorso sul rilievo che l'aggiudicataria ha nei fatti rilasciato la prescritta cauzione provvisoria e, a seguito dell'aggiudicazione definitiva, ha anche prodotto la cauzione definitiva nell'importo previsto dal bando.

Ne consegue che **tutte le eventuali irregolarità, come la mancata produzione, già in sede di gara, della cauzione definitiva, non determinano l'esclusione dalla gara, imponendo piuttosto all'Amministrazione l'attivazione dei poteri di soccorso istruttorio.**

È allora evidente, sotto questo profilo, l'infondatezza del relativo motivo di gravame, avendo l'Amministrazione tenuto una condotta del tutto rispettosa delle cennate previsioni di cui agli artt. 38 co. 2-bis e 46 co. 1-ter d. lgs. n. 163/06, nei termini sopra chiariti.

---

[\[1\]](#) Con riferimento all'ipotesi della mancata assunzione di un impegno a prestare la cauzione definitiva cfr. *ex plurimis* Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 1179 del 09.03.2015.

[2] Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. n.6088 del 18.2.2013; Consiglio di Stato sez.V, sentenza n.2232 del 18.04.2012; Consiglio di Stato sez. IV, sentenza 4171 del 08.09.2015.

[3] Cfr. cfr AVC , determinazione n.4/2012.

[4] Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 39251 del 4.7.2012; Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. 4518 del 6.8.2012.

[5] Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato sez. V, sentenza n. n. 6248 del 5.12.2012; T.A.R. Toscana sez. I, sentenza n. n. 1547 del 15.10.2014: *“nel caso in cui un concorrente ometta di allegare una produzione documentale, che assuma contenuti ascrivibili a quelli indicati dall’art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, non può essere invocato il soccorso istruttorio di cui all’art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, il quale è riferito ai diversi casi delle dichiarazioni dei requisiti di partecipazione e qualificazione di cui agli articoli da 38 a 45; inoltre, il soccorso istruttorio non ha portata illimitata, ma consente di eliminare errori formali o di apportare integrazioni a documenti di gara nei quali sono comunque in qualche modo già riconoscibili i contenuti fondamentali richiesti, così da necessitare di un mero chiarimento o della regolarizzazione di elementi accessori.”*

[6] In questo senso Consiglio di Stato sez. IV, sentenza n. 147/2015; TAR Sicilia – Catania, sentenza n. 580/2015; TAR Piemonte, sentenza n. 116/2015.

[\[7\]](#) Cfr. TAR Roma sez. III, sentenza n. 8143 del 10.06.2015.

[\[8\]](#) Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 34 del 10.12.2014

[\[9\]](#) Cfr. TAR Genova, sentenza n. 1023 del 17.10.2016.

[\[10\]](#) Con l'entrata in vigore del nuovo Codice l'applicabilità del soccorso istruttorio alle ipotesi di irregolarità o mancanza della cauzione sembrerebbe preclusa. L'art. 83, comma 9, limita infatti l'operatività dell'istituto alla mancanza, incompletezza e a ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo, sottraendo dall'ambito applicativo del detto istituto il caso dell'omessa dichiarazione di elementi essenziali dell'offerta, sia tecnica che economica.

[\[11\]](#) Sul punto cfr. ANAC, determinazione n. 1 dell'8.01.2015

[\[12\]](#) Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 26.7.2016, n. 3372.

omissis

Cooperativa Sociale Insieme Solidali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Frassanito C.F. FRSNDR72R17E506A, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

contro

Comune di Nardo' non costituito in giudizio;

nei confronti di

General Servizi Soc Coop, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Risi C.F. RSIMCL66P03F842H, con domicilio eletto presso Segreteria Tar in Lecce, via F. Rubichi 23;

Azienda Agricola Caccia Flavio, Societa' Magellano Srl non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della Determina n. 458 del 08/06/2016 con la quale il Dirigente dell'Area Funzionale 5 del Comune di Nardò ha aggiudicato, in via definitiva, alla società General Servizi soc. coop. i servizi di custodia e gestione della Villa Comunale, anche nella parte in cui ha omesso di escludere dalla procedura di gara le ditte classificate al secondo e terzo posto della graduatoria (Azienda Agricola Ciaccia e Magellano srl), nonostante la dichiarazione di anomalia delle offerte;

dei verbali di gara;

della nota del 16/06/2016 (trasmessa a mezzo pec il successivo 20.06), con la quale il Comune di Nardò ha comunicato alla soc. coop. Insieme Solidali l'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore della Soc. General Servizi;

del silenzio sul preavviso di ricorso proposto in data 01/07/2016;

per il risarcimento dei danni subiti e subendi e per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove intervenuto, ed il subentro, ai sensi dell'art. 121 e ss. del c.p.a.;

di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di General Servizi Soc Coop;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2016 il dott. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. È impugnata la nota in epigrafe, con la quale il Comune di Nardò ha provveduto all'aggiudicazione, in favore della controinteressata General Servizi soc. coop, dell'appalto dei servizi di custodia e gestione della villa comunale.

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: 1) violazione degli artt. 75-113 d. lgs. n. 163/06; violazione della lex specialis; 2) violazione dell'art. 39 d. lgs. n. 163/06; violazione della lex specialis; eccesso di potere per contraddittorietà; 3) violazione degli artt. 86-87 d. lgs. n. 163/06; eccesso di potere per errore, irrazionalità e ingiustizia manifesta.

Nella camera di consiglio del 7.9.2016 è stata rigettata la domanda di tutela cautelare.

Il Consiglio di Stato, con ord. n. 4711/16, ha rigettato l'appello cautelare.

All'udienza del 9.11.2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. Con il primo motivo di gravame, deduce la ricorrente l'illegittimità dell'atto impugnato, per non avere l'Amministrazione escluso la controinteressata dalla gara, nonostante la mancata produzione da parte di quest'ultima della cauzione definitiva.

Il motivo è infondato.

2.1. Ai sensi dell'art. 38 co. 2-bis d. lgs. n. 163/06 (applicabile ratione temporis alla fattispecie in esame) in caso di "... mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive ...", è prevista l'attivazione di uno speciale sub-procedimento caratterizzato dall'invito alla regolarizzazione della documentazione omessa, non osservato il quale deve farsi luogo all'esclusione.

In termini consimili, l'art. 46 co. 1-ter prevede, in caso di mancanza/incompletezza della documentazione indicata dal precedente art. 38 co. 2-bis, non già l'esclusione della concorrente dalla gara, ma l'attivazione del potere/dovere di soccorso istruttorio.

2.2. Tali principi sono pacificamente affermati dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha chiarito 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" (C.d.S, V, 26.7.2016, n. 3372. In termini confermativi, cfr. C.d.S, IV, 20.1.2015, n. 147. Cfr. altresì Del. ANAC n. 1/15).

2.3. Ciò premesso, e venendo ora al caso di specie, costituisce circostanza pacifica, e riconosciuta dalla stessa ricorrente, che la controinteressata ha prodotto cauzione provvisoria rilasciata mediante deposito bancario presso Unicredit s.p.a, dell'importo di € 1.320. Vi è dunque stata produzione, da parte dell'aggiudicataria, di impegno attestante la serietà dell'offerta. A seguito dell'aggiudicazione definitiva ha prodotto la cauzione definitiva dell'importo previsto dal bando.

Ne consegue che tutte le eventuali irregolarità, come la mancata produzione, già in sede di gara, della cauzione definitiva, non determinano esclusione della ricorrente dalla gara, imponendo piuttosto all'Amministrazione l'attivazione dei poteri di soccorso istruttorio.



È allora evidente, sotto questo profilo, l'infondatezza del relativo motivo di gravame, avendo l'Amministrazione tenuto una condotta del tutto rispettosa delle cennate previsioni di cui agli artt. 38 co. 2-bis e 46 co. 1-ter d. lgs. n. 163/06, nei termini sopra chiariti.

2.4. Del tutto inconferente si appalesa poi il riferimento al precedente di questa Sezione (TAR Lecce, n. 1020/16), posto che in quella sede la mancata esclusione della controinteressata dalla gara è stata censurata da questo TAR in ragione della mancata produzione della cauzione provvisoria. Cauzione che, nel caso oggi in esame, è stata ritualmente prodotta dalla odierna controinteressata.

La diversità della documentazione prodotta nell'uno e nell'altro caso esclude pertanto la stessa possibilità di identica decisione.

2.5. Alla luce di tali considerazioni, il primo motivo di gravame è infondato, e deve pertanto essere rigettato.

3. Va del pari disatteso il secondo motivo di gravame, con il quale la deduce l'illegittimità della mancata esclusione della controinteressata dalla gara, nonostante il mancato possesso, da parte di quest'ultima, di un requisito di partecipazione previsto dalla legge di gara (iscrizione camerale per la somministrazione di alimenti e bevande).

Al riguardo, è sufficiente evidenziare che dalla visura camerale in atti emerge che l'oggetto sociale dell'aggiudicataria è rappresentato, tra l'altro (cfr. lett. k) dalla "gestione del servizio di ristorazione e bar". Ne consegue che la controinteressata è pacificamente in possesso del requisito di partecipazione previsto dalla legge di gara.

4. Da ultimo, va rigettato il terzo motivo di gravame, con il quale la ricorrente deduce l'anomalia dell'offerta della controinteressata.

4.1. A tal riguardo, premette anzitutto il Collegio che, per condivisa giurisprudenza amministrativa, "Nelle gare pubbliche la verifica delle offerte anomale ha natura globale e sintetica e quindi si risolve in un apprezzamento che non può essere parcellizzato su singoli profili, aspetti o voci, salvo che non emergano macroscopici vizi di travisamento dei dati acquisiti e/o di irragionevole e illogico apprezzamento dei medesimi" (C.d.S, IV, 20.1.2015, n. 147).

Più in particolare, è nota l'ampia discrezionalità di cui gode la stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia, che si esplicita nel principio per il quale è l'esclusione, e non la conferma, a richiedere un particolare onere motivazionale.

4.2. Tanto premesso, rileva il Collegio che, nel caso di specie, l'aggiudicataria ha prodotto in sede di giustificazione apposita tavola sinottica indicante i vari costi previsti nel triennio, ivi inclusi i costi del lavoro. In particolare, non può ritenersi irrazionale la scelta dell'aggiudicataria di avvalersi di due soci lavoratori, avuto riguardo alla stagionalità delle attività oggetto di appalto, che non richiedono presenza fissa in loco di tutti i lavoratori, 365 giorni all'anno.

Per tali ragioni, del tutto legittima (rectius: doverosa) è la scelta della stazione appaltante di non escludere la controinteressata all'esito del giudizio di anomalia, avendo quest'ultima prodotto ampia documentazione giustificativa, favorevolmente apprezzata dalla S.A. sulla base di un percorso scevro da errori palesi e/o profili di irrazionalità manifesta.

5. Alla luce di tali considerazioni, il ricorso è infondato.

Ne consegue il suo rigetto.

6. Le spese del giudizio nei confronti della controinteressata seguono la soccombenza.

omissis