

La mera incompletezza della garanzia provvisoria non integra una “grave irregolarità” ed è, pertanto, sanabile attraverso l’istituto del soccorso istruttorio

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 27-2-2017

1. Le uniche irregolarità della garanzia provvisoria che possono legittimare un provvedimento espulsivo sono la sua mancata presentazione e la sua falsità, non potendosi procedere all’esclusione in caso di mera insufficienze e/o incompletezza.

2. Si tratta di regola da applicare anche se il concorrente ha inteso avvalersi della possibilità di prestare la cauzione in misura ridotta pur senza fornire la prova del possesso dei requisiti qualitativi previsti dall’art. 93, comma 7 D.lgs n. 50/2016 ai fini della riduzione dell’importo assicurato.

omissis

Clean Services di Monaco Elia, Monaco Services s.r.l., I.V.R.A. s.r.l. con Unico Socio, ciascuna di esse in proprio e quale componente (mandataria la prima, e mandanti la seconda e la terza) di costituenda ATI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dall’avvocato Livio Teseo Operamolla, con domicilio eletto presso lo studio Aldo Loiodice in Bari, via Nicolai, 29;

contro

Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Ada Carabba e Monica Boezio, con domicilio eletto presso la sede legale della società in Bari, via Cognetti, 36;

per l’annullamento,

previa sospensione dell’efficacia,

- del provvedimento di ammissione ed esclusione dalla gara (art. 29, comma 1, d.lgs n. 50/2016) Disp. n. 130841 del 14/12/2016, avente «Oggetto dell’appalto: Gara, mediante

procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, per l'appalto del servizio di movimentazione, raggruppamento, trasporto e recupero/smaltimento fuori Regione dei fanghi prodotti presso gli impianti di depurazione ricadenti nelle province di Bari, BAT, Foggia, Taranto, Brindisi e Lecce gestiti dall'Acquedotto Pugliese S.p.A. secondo lo schema giuridico dell'accordo quadro ex artt. 3 comma 1 lett. iii) e 54, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 - 10 Lotti.», pubblicato in data 14/12/2016 sulla sezione "Società Trasparente" del sito di Acquedotto Pugliese s.p.a., www.aqp.it, nella sua parte in cui il responsabile del procedimento di gara - all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali dei concorrenti, effettuata dalla Commissione di gara - dispone, al punto «C.» e per i motivi riportati nel verbale di gara n. 5 del 12/12/2016 e richiamati per relationem, l'esclusione dalla gara in oggetto dell'ATI "Clean Services di Monaco Elia - I.V.R.A. s.r.l. - Monaco Services s.r.l." e, per l'effetto, non include quella medesima ATI nell'elenco, riportato al precedente punto «B.», degli operatori economici ammessi a quella gara;

- del verbale di gara n. 5 del 12/12/2016 della Commissione di aggiudicazione della «Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, per l'appalto del servizio di movimentazione, raggruppamento, trasporto e recupero/smaltimento fuori Regione dei fanghi prodotti presso gli impianti di depurazione ricadenti nelle province di Bari, BAT, Foggia, Taranto, Brindisi e Lecce gestiti dall'Acquedotto Pugliese S.p.A. secondo lo schema giuridico dell'accordo quadro ex artt. 3 comma 1 lett. iii) e 54, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016.» nella parte indicata in ricorso;

- della nota U - 15/12/2016 - 0131671 della Direzione Procurement - Area Acquisti di Acquedotto Pugliese s.p.a. con Unico Azionista, a firma del dott. Francesco Tempesta e con oggetto «Gara, mediante procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, per l'appalto del servizio di movimentazione, raggruppamento, trasporto e recupero/smaltimento fuori Regione dei fanghi prodotti presso gli impianti di depurazione ricadenti nelle province di Bari, BAT, Foggia, Taranto, Brindisi e Lecce gestiti dall'Acquedotto Pugliese S.p.A. secondo lo schema giuridico dell'accordo quadro ex artt. 3 comma 1 lett. iii) e 54, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 - Lotti n. 1, 2, 3 e 4.», destinata alla ATI "Clean services di Monaco Elia - I.V.R.A. s.r.l. - Monaco Services s.r.l.";

- di ogni e qualsiasi altro atto e/o provvedimento, anche non conosciuto, che, orientato nel medesimo senso in cui quegli stessi atti e provvedimenti sopra elencati hanno inciso sulla sfera giuridica delle opposenti, sia presupposto e/o conseguenza dei primi e/o che a quelli, in ogni e qualsiasi maniera, risulti connesso;

per l'ordine rivolto alla stazione appaltante Acquedotto Pugliese s.p.a. di ammettere la costituenda ATI Clean services di Monaco Elia - I.V.R.A. s.r.l. - Monaco Services s.r.l. al prosieguo delle operazioni di gara relative alla «Procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, per l'appalto del servizio di movimentazione, raggruppamento, trasporto e recupero/smaltimento fuori Regione dei fanghi prodotti presso gli impianti di depurazione ricadenti nelle province di Bari, BAT, Foggia, Taranto, Brindisi e Lecce gestiti dall'Acquedotto Pugliese S.p.A. secondo lo schema giuridico dell'accordo quadro ex artt. 3 comma 1 lett. iii) e 54, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 - Lotti n. 1, 2, 3 e 4.»;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese s.p.a.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2017 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto, ad un sommario esame proprio della fase cautelare, che l'ATI ricorrente, diversamente da quanto evidenziato nel censurato provvedimento di esclusione, non ha reso alcuna dichiarazione o attestazione relativa al possesso in capo a tutte e tre le imprese associate dei requisiti qualitativi di cui all'art. 93, comma 7 dlgs n. 50/2016 previsti per la riduzione della cauzione; che detta valenza dichiarativa non può essere attribuita alle schede tecniche di polizza e/o a condizioni generali di contratto relative alla garanzia provvisoria (che sono comunque atti di soggetti terzi);

Rilevato che la Commissione ha erroneamente qualificato come "grave irregolarità" inerente le dichiarazioni rese in corso di gara ciò che appare essere una mera incompletezza della garanzia provvisoria, sanabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio; che, pertanto, non vi è stata alcuna falsa dichiarazione o attestazione dell'ATI ricorrente;

Ritenuto, altresì, che la censurata esclusione per cui è causa appare essere in violazione del principio desumibile dall'art. 83, comma 9, ultimo inciso dlgs n. 50/2016 in forza del quale "Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa", ipotesi evidentemente non sussistente nel caso di specie;

Ritenta l'insussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) dlgs n. 50/2016 ("Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, ..., qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: ... il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; ...");

Rilevato che secondo le Linee Guida ANAC n. 6 del 16.11.2016 (punto 2.1.2.3) "Quanto alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di

influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano i comportamenti che integrino i presupposti di cui al punto 2.1 posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio.”;

Ritenuto che nella fattispecie in esame non risulta che l'ATI interessata abbia tenuto un comportamento idoneo a ingenerare, nell'amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio;

Rilevato che anche alla luce della disciplina previgente la giurisprudenza aveva sottolineato che i vizi che attengono alla cauzione provvisoria, ai sensi del comma 1-*bis* dell'art. 46 dlgs n. 163/2006, non determinano l'esclusione dalla gara dell'impresa concorrente, ma alla stessa è consentito procedere alla sua regolarizzazione o integrazione (*ex multis* Cons. St., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781: “In base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, introdotto dall'art. 46 comma 1 bis, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, non costituisce causa di esclusione la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente e/o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis*, ovvero di una cauzione incompleta, e non già del tutto assente, dovendo in tal caso l'impresa essere previamente invitata dalla stazione appaltante ad integrare la cauzione, emendando così l'errore compiuto; si tratta di regola da applicare anche se il concorrente ha inteso avvalersi della possibilità di prestare la cauzione in misura ridotta, secondo quanto previsto dall'art. 75 comma 7, cit. d.lg. n. 163 del 2006, pur senza fornire la prova del possesso della certificazione ISO mediante produzione documentale”);

Rilevato che l'ANAC con la determina n. 1/2015 (recante “Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-*bis* e dell'art. 46, comma 1-*ter* del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”) rimarcava che “... Sulla questione incide il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 46 del Codice, che sembra ammettere la sanatoria di omissioni o irregolarità anche in relazione alla presentazione della garanzia in parola, laddove la norma consente la sanabilità di ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli *elementi* e delle dichiarazioni, anche di *soggetti terzi*. ...” e che “... la novella normativa trova applicazione anche con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria ...”;

Ritenuto che per giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 18/12/2013, n. 6088) le uniche irregolarità della garanzia provvisoria che possono legittimare un provvedimento espulsivo sono la sua mancata presentazione e la sua falsità, non potendosi procedere all'esclusione in caso di mera insufficienze e/o incompletezza;

Ritenuta la sussistenza, sulla base delle considerazioni espresse in precedenza, del presupposto cautelare del *fumus boni iuris*;

Ritenuta, altresì, la sussistenza del presupposto cautelare del *periculum in mora*, in considerazione del carattere espulsivo dell'impugnato provvedimento, con la conseguenza che in assenza della concessione della invocata misura cautelare la stazione appaltante potrebbe procedere alla conclusione delle operazioni di gara in assenza dell'odierna ricorrente

con definitiva perdita, da parte di quest'ultima, della possibilità di aggiudicarsi l'appalto;

Ritenuta, pertanto, la sussistenza dei presupposti cautelari necessari per la concessione della invocata misura cautelare;

Ritenuto di compensare le spese della presente fase cautelare in considerazione della peculiarità e complessità della presente controversia;

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza, accoglie l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospende gli atti impugnati. Fissa ai sensi dell'art. 120, comma 6 *bis* cod. proc. amm. per la definizione del giudizio la camera di consiglio del 15.3.2017.

Compensa le spese della presente fase cautelare.

omissis

Guida alla lettura

Giunge all'attenzione della III sezione del Tar Bari un ricorso presentato da un raggruppamento di imprese ai sensi del combinato dell'art. 29, c. 1, del D.lgs. 50/2016^[1] e dell'art. 120, c. 2bis, del D.lgs. 104/2010^[2] per l'annullamento, previa sospensiva dell'efficacia, del provvedimento di esclusione da una gara adottato a loro carico dalla stazione appaltante.

L'esclusione era stata disposta per avere l'Ati prodotto una cauzione provvisoria di ammontare insufficiente sul presupposto, falsamente dichiarato, del possesso in capo a tutte le imprese del gruppo dei requisiti qualitativi previsti dall'art. 93, c. 7 D.lgs n. 50/2016 ai fini della riduzione dell'importo della garanzia.

Ne era conseguita anche la contestazione del grave illecito professionale di cui all'art. art. 80, comma 5, lett. c) D.lgs n. 50/2016 (*“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, ..., qualora: ... c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: ... il **fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; ...”***).

Nella pronuncia in commento la Sezione è chiamata a decidere in ordine all'istanza cautelare

presentata dall'Ati ricorrente per la sospensione del gravato provvedimento espulsivo, istanza che, ad un primo, sommario esame, considera fondata nel merito sul principale rilievo che **la mera incompletezza della garanzia provvisoria non integra una “grave irregolarità” ed è, pertanto, sanabile attraverso l’istituto del soccorso istruttorio.**

Le uniche irregolarità della garanzia provvisoria che possono legittimare un provvedimento espulsivo sono la sua **mancata presentazione** e la sua **falsità**, non potendosi procedere all’esclusione in caso di mera insufficienza e/o incompletezza[3].

Si tratta di una regola da applicare anche se il concorrente ha inteso avvalersi della possibilità di prestare la cauzione in misura ridotta pur senza fornire, come è accaduto nell’ipotesi di specie, la prova del possesso della certificazione ISO mediante produzione documentale[4].

In tal caso non viene pertanto in considerazione la violazione dell’art. 83, comma 9, ultimo inciso del D.lgs. n. 50/2016, in forza del quale “*costituiscono irregolarità essenziali non sanabili*” esclusivamente “**le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa**”.

Sotto diverso profilo, il Collegio esclude che nella specie sia stata rilasciata dalle imprese ricorrenti una qualsiasi dichiarazione o attestazione in ordine al possesso della certificazione ISO, non potendo, peraltro, essere attribuita alcuna valenza dichiarativa alle schede tecniche di polizza e/o a condizioni generali di contratto relative alla garanzia provvisoria (che sono comunque atti di soggetti terzi). Ne consegue l’inconfigurabilità dell’ulteriore violazione di cui al citato art. 80, comma 5, lett. c) D.lgs n. 50/2016, pure essa contestata al RTI.

Riconosciuta, pertanto, la sussistenza del *fumus bonis iuris*, il Collegio motiva la ricorrenza dell’ulteriore presupposto cautelare del *periculum in mora* in ragione del carattere espulsivo dell’impugnato provvedimento, “*con la conseguenza che in assenza della concessione della invocata misura cautelare la stazione appaltante potrebbe procedere alla conclusione delle operazioni di gara in assenza dell’odierna ricorrente con definitiva perdita, da parte di quest’ultima, della possibilità di aggiudicarsi l’appalto.*”

Sulla scorta delle precedenti motivazioni decide, quindi, di sospendere l’atto impugnato ed attiva il nuovo rito “*superaccelerato*” di cui all’art. 120, comma 6bis[5], del D.lgs. 104/2010, fissando nei trenta giorni successivi la camera di consiglio per la definizione del giudizio.

[1] *Al fine di consentire l’eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all’esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.*

[2] 2-bis. *Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività. (comma introdotto dall'art. 204, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 50 del 2016)*

[3] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 18/12/2013, n. 6088

[4] Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781.

[5] 6-bis. *Nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione. (comma introdotto dall'art. 204, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 50 del 2016)*

