

L'applicabilità del soccorso istruttorio ad irregolarità riguardanti la prestazione della garanzia provvisoria

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 12-5-2017

E' illegittima l'esclusione dalla gara di un concorrente per irregolarità relative alla garanzia provvisoria (nel caso si specie: intestazione della garanzia ad un solo componente del raggruppamento temporaneo di imprese), anche se tale garanzia è richiesta a pena di esclusione dalla lex specialis di gara, dovendosi invece applicare il soccorso istruttorio a pagamento.

(1) In senso conforme, T.A.R. Puglia - Bari, sez. III, 27 marzo 2017, n. 301; T.A.R. Lombardia - Milano, sez. IV, 12 dicembre 2016 n. 2339; C.d.S., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147; id., sez. IV, 11 novembre 2014, n. 5523; id., sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4985; id., sez. V, 7 luglio 2014, n. 3431; id, sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 6088; id., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781.

Guida alla lettura

La sentenza in esame si è pronunciata sull'applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio in relazione alla presentazione della garanzia provvisoria e della garanzia definitiva ai sensi degli artt. 93 e 103 del D. Lgs. 50/2016 (con argomentazioni che, come si dirà, restano valide in termini generali anche a fronte della prossima entrata in vigore del c.d. "Decreto Correttivo" - D. Lgs. 56/2017).

Nel caso di specie, le due società ricorrenti partecipavano - in R.T.I. - ad una procedura negoziata relativa all'affidamento di servizi afferenti alla raccolta differenziata. La lettera di invito richiedeva la presentazione, a pena di esclusione, di una garanzia provvisoria che doveva essere intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento (in conformità all'art. 93, comma 1, D. Lgs. 50/2016).

Il R.T.I. presentava, invece, una garanzia provvisoria intestata alla sola mandataria e, per tale ragione, la stazione appaltante procedeva direttamente all'esclusione, senza attivare il soccorso istruttorio.

Il T.A.R. ha accolto il ricorso presentato dalle componenti del RTI avverso il provvedimento di esclusione ed avverso la *lex specialis*, esponendo argomentazioni fondate principalmente sulla differente natura e disciplina della garanzia provvisoria rispetto a quella della garanzia definitiva.

In particolare, il ragionamento del TAR – conforme al consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi anche nel vigore del precedente Codice – muove dalla constatazione che la presentazione della garanzia provvisoria non è richiesta a pena di esclusione dall'art. 93 del Codice.

Al contrario, il medesimo art. 93, al comma 8, prescrive espressamente che il fideiussore debba impegnarsi “*a pena di esclusione*” a rilasciare la garanzia definitiva di cui all'art. 103 del Codice.

Di conseguenza, a fronte di tali differenti discipline non è possibile uniformare – come effettuato invece dalla stazione appaltante – il trattamento delle due fattispecie, prevedendo l'esclusione quale conseguenza della mancata o incompleta presentazione sia della garanzia provvisoria, sia di quella definitiva.

E non è nemmeno possibile argomentare che le carenze della garanzia provvisoria producono effetti sulla garanzia definitiva, in quanto tali effetti “*andrebbero comunque verificati all'esito della procedura di soccorso che l'Amministrazione è tenuta ad attivare in relazione alla garanzia provvisoria*”.

Il T.A.R. ha dunque accolto il ricorso e annullato il provvedimento di esclusione, in quanto l'irregolarità – consistente nell'aver intestato la garanzia ad una sola delle imprese facenti parte del R.T.I. – riguardava la cauzione provvisoria e doveva quindi comportare l'attivazione del soccorso istruttorio (previo pagamento della sanzione pecuniaria, in quanto attinente ad un elemento “essenziale” dell'offerta).

Si segnala che la sentenza si è limitata a definire “*erronea*” la richiesta della lettera di invito di presentare “*a pena di esclusione*” la garanzia provvisoria, senza tuttavia pronunciarsi espressamente in relazione all'impugnazione della *lex specialis*, che – sulla base delle argomentazioni esposte in sentenza – avrebbe potuto essere dichiarata nulla ai sensi del medesimo art. 83, comma 8.

Da ultimo, come anticipato, si ritiene che le argomentazioni e le conclusioni della sentenza restino valide nei loro principi anche a fronte della prossima entrata in vigore del D. Lgs. 56/2017 (Decreto Correttivo), con due sole precisazioni rispetto al quadro normativo sopra descritto: da un lato, il soccorso istruttorio non sarà più assoggettato al pagamento della sanzione pecuniaria (art. 83, comma 9) e, dall'altro lato, l'obbligo di impegnarsi a prestare la garanzia definitiva a pena di esclusione non sarà applicabile alle “*microimprese, piccole e medie imprese*” (art. 93, comma 8).

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 431 del 2017, proposto da:

Aboneco Recycling S.r.l. e Aboneco S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Enzo Robaldo, Pietro Ferraris e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Piazza Eleonora Duse, 4;

contro

A.S.M. Voghera S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Davide Angelucci e Andrea Musenga, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Freguglia, 10;

nei confronti di

Benfante S.p.a. e Bsb Recycling S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Alessandro Della Valle, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Conforto in Milano, Piazza Velasca, 4;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dell'R.T.I. Aboneco Recycling S.r.l./Aboneco S.r.l. dalla "gara d'appalto di procedura negoziata per il servizio di carico, trasporto, selezione, valorizzazione e pressatura imballaggi in plastica proveniente dalla raccolta differenziata, codice C.E.R. 15.01.02 – 24 mesi. CIG 695614479E", assunto dall'A.S.M. Voghera S.p.a. nella seduta pubblica dell'8 febbraio 2017, e della conseguente nota di comunicazione dell'esclusione del 9 febbraio 2017;

- della nota di ASM Voghera S.p.a. del 15 febbraio 2017, recante diniego di autotutela e conferma del provvedimento di esclusione;

- delle disposizioni della lex specialis di gara nella parte in cui fissano delle comminatorie di esclusione circa le modalità di formazione e presentazione della garanzia provvisoria, ove le stesse dovessero essere interpretate quali disposizioni ostative all'operatività del soccorso istruttorio, nella prospettiva della regolarizzazione di vizi concernenti la predetta garanzia;

- delle disposizioni della lex specialis di gara, sia nella parte in cui obbligano i concorrenti a presentare la garanzia provvisoria in favore della stazione appaltante "esclusivamente mediante fidejussione bancaria", che nella parte in cui obbligano i concorrenti a sottoscrivere la garanzia provvisoria;

- del provvedimento di aggiudicazione, ove intervenuto, in favore di altro operatore economico;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con l'atto impugnato, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

nonché, per la declaratoria, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31, comma 4, cod. proc. amm., di nullità delle disposizioni di *lex specialis*:

- nella parte in cui fissano delle comminatorie di esclusione circa le modalità di formazione e presentazione della garanzia provvisoria, ove le stesse dovessero essere interpretate quali disposizioni ostantive all'operatività del soccorso istruttorio, nella prospettiva della regolarizzazione di vizi concernenti la predetta garanzia;

- nella parte in cui obbligano i concorrenti a presentare la garanzia provvisoria in favore della stazione appaltante "*esclusivamente mediante fidejussione bancaria*", ovvero, nella parte in cui obbligano i concorrenti a sottoscrivere la garanzia provvisoria;

nonché, per la declaratoria, ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto, eventualmente stipulato con altro operatore economico;

nonché, per la condanna, ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASM Voghera S.p.a., di Benfante S.p.a. e di BSB Recycling S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con lettera d'invito del 24 gennaio 2017, l'A.S.M. Voghera S.p.a. ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento del servizio di carico, trasporto, selezione, valorizzazione e pressatura di imballaggi in plastica provenienti da raccolta differenziata, di cui l'affidataria diventerà proprietaria, previo rilascio di sub-delega da parte della stazione appaltante per la cessione dei corrispettivi riconosciuti dal CO.RE.PLA.

2. L'importo presunto dell'appalto, avente una durata di 24 mesi, è pari ad Euro 180.000,00, mentre il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con percentuale di rialzo minimo del 10%.

3. La lettera d'invito prevede che *“i concorrenti dovranno presentare, pena esclusione delle ditte dalla gara”,* fra l'altro, una garanzia provvisoria in favore della stazione appaltante, *“esclusivamente mediante fidejussione bancaria”,* da intestare *“a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento (A.T.I.) e sottoscritta dalla capogruppo, la quale dovrà aver sottoscritto la fideiussione bancaria o la polizza fideiussoria, a pena di esclusione dalla gara, in qualità di capogruppo del raggruppamento”.*

4. La lex specialis richiama, poi, per l'applicazione alla procedura in esame, l'istituto del soccorso istruttorio, *“in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara”,* fissando all'uopo una sanzione pecuniaria di Euro 1.800,00 e un termine di 8 giorni per procedere all'integrazione/regolarizzazione documentale.

5. Aboneco Recycling S.r.l. e Aboneco S.r.l. hanno preso parte alla gara in R.T.I., attribuendo il ruolo di capogruppo mandataria alla prima.

6. Dal verbale della seduta pubblica dell'8 febbraio 2017 si apprende che, delle dodici imprese invitate, hanno presentato offerta soltanto due operatori economici, tra cui l'R.T.I. Aboneco ed un altro operatore, denominato “Benfante S.r.l.”.

7. Nella seduta dell'8 febbraio 2017 la commissione di gara ha disposto l'esclusione dell'R.T.I. Aboneco, ammettendo all'apertura delle offerte tecniche ed economiche la sola società Benfante, con la seguente motivazione:

“La documentazione presentata dalla Ditta Aboneco Recycling Srl risulta non conforme in quanto:

- La Ditta Aboneco Recycling Srl ha comunicato di partecipare alla Gara in A.T.I. con la Società Aboneco Srl. Nella costituzione in A.T.I. la Ditta Aboneco Recycling ha assunto il ruolo di Mandataria, assumendosi il 90% delle attività previste e la Ditta Aboneco Srl ha assunto il ruolo di Mandante, assumendosi il 10% delle attività previste;

- La costituendo A.T.I. ha presentato una fideiussione provvisoria bancaria intestata e sottoscritta dalla Ditta Aboneco Srl. Detta fideiussione ha fruito della riduzione prevista per il possesso di Certificazione di Qualità, che è comunque solo in possesso della Ditta Aboneco Srl.

- L'art. 93 del D.lgs 50/16 prevede che la polizza fideiussoria provvisoria in caso di raggruppamento debba: "riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo". Il principio è peraltro riportato anche nella Lettera d'Invito dove infatti si afferma che: "la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento (A.T.I.) e sottoscritta dalla capogruppo, la quale dovrà aver sottoscritto la fideiussione bancaria o la polizza fideiussoria, a pena di esclusione dalla gara, in qualità di capogruppo del raggruppamento".

La polizza fideiussoria redatta coerentemente con il disposto di legge doveva essere presentata, a pena di esclusione, senza che La Ditta potesse essere ammessa al cosiddetto "soccorso istruttorio".

8. L'A.S.M. Voghera ha, quindi, disatteso la richiesta di riesame in autotutela della disposta esclusione, proveniente dalle ricorrenti, ribadendo la non applicabilità al caso di specie del soccorso istruttorio e confermando, così, la precedente determinazione.

9. Contro il provvedimento di esclusione le imprese del costituendo raggruppamento hanno proposto il presente ricorso, notificato tra il 22 e il 28 febbraio e depositato il 28 febbraio 2017, contestandone la legittimità, in via principale, sotto un unico profilo.

10. Si sono costituite le società Benfante, A.S.M. Voghera e BSB Recycling, quest'ultima eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, le altre controdeducendo con separata memoria alle censure avversarie.

11. Alla camera di consiglio del 6 aprile 2017 la causa, sentite le parti, è stata trattenuta per la decisione ai sensi dell'art. 120, commi 2-bis, 6-bis, 9 seconda parte del cod. proc. amm.

12. Preliminarmente, il Collegio deve esaminare l'eccezione di difetto di legittimazione passiva, sollevata dalla difesa di BSB Recycling sul presupposto che la stessa risulta essere del tutto estranea alla procedura e, dunque, ai provvedimenti per cui è causa.

L'eccezione è fondata.

La BSB Recycling S.r.l., non ha partecipato alla procedura a cui si riferiscono i provvedimenti impugnati e, dunque, non vanta alcun interesse qualificato alla conservazione dell'assetto determinato dall'atto impugnato.

Va, conseguentemente, dichiarata l'inammissibilità del ricorso nei confronti della società BSB Recycling, per carenza originaria di legittimazione passiva.

13. Nel merito, il ricorso è fondato.

13.1. Con un unico motivo le esponenti lamentano la violazione e falsa applicazione degli articoli 4, 36, 83, 93, 164 del d. lgs. n. 50/2016; la violazione degli articoli 1, 3, 6, 10, 11, 21-quinquies, 21-nonies della legge n. 241/1990; la violazione dell'articolo 97 della Costituzione, nonché la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; la violazione

dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, dei principi generali e comunitari di trasparenza, non discriminazione e par condicio; l'eccesso di potere per illogicità, perplessità, contraddittorietà, travisamento dei fatti, omessa e insufficiente motivazione e istruttoria.

Ciò, poiché l'esclusione della costituenda A.T.I. non poteva avere luogo senza avere prima concesso alle partecipanti di integrare la garanzia provvisoria, presentata soltanto da parte della società Aboneco, mandante nel costituendo R.T.I. con Aboneco Recycling S.r.l., anziché da parte di entrambe le imprese.

13.2. In tal senso, è utile precisare come nel caso in esame la stazione appaltante si sia vincolata, nella lettera d'invito (cfr. doc. n. 1 allegato da parte ricorrente, pag. 7, brevemente riportata in fatto, sub n. 4), ad applicare il soccorso istruttorio a pagamento, di cui all'articolo 83, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016.

13.3. Tale istituto, come ampiamente condiviso nella giurisprudenza, anche di questo Tribunale, trova senz'altro applicazione in presenza di ogni irregolarità afferente la garanzia provvisoria (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 12.12.2016 n. 2339, ove si ricorda che *“anche prima della riforma introdotta all'istituto del soccorso istruttorio, ex d.l. 90/2014, la giurisprudenza consolidata - e condivisibile - aveva stabilito il principio per cui eventuali carenze dell'aggiudicazione provvisoria ... sono di principio sanabili: l'art. 75 d. lgs. 163/2006, allora vigente, non prevedeva (commi I segg.) l'esclusione del concorrente per i vizi della cauzione provvisoria, diversamente da quanto stabilito dalla stessa disposizione (VIII comma) per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto”*). Nello stesso senso, cfr., C.d.S., IV, 20 gennaio 2015, n. 147, per cui *“nelle gare pubbliche eventuali irregolarità relative alla cauzione provvisoria non possono condurre all'esclusione dalla competizione, dovendosi far luogo alla sua regolarizzazione”*; conf. id. III, 5 dicembre 2013, n. 5781; id. IV, 11 novembre 2014 n. 5523 e 6 ottobre 2014, n. 4985; id., V, 7 luglio 2014, n. 3431).

La garanzia provvisoria, dunque, anche quando, come nel caso di specie, sia erroneamente richiesta a pena di esclusione nella lex specialis, non rientrando fra le prescrizioni richieste a pena di esclusione dal Codice degli appalti pubblici, non legittima affatto un provvedimento espulsivo basato sulla sua insufficienza o incompletezza (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, 27.03.2017, n. 301, che pure ricorda come *“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”*).

Di tutt'altro tenore, come già accennato, la disciplina della garanzia fideiussoria prescritta per l'esecuzione del contratto, denominata “garanzia definitiva” dall'art. 103 del Codice Appalti, per la quale lo stesso art. 93 citato, al comma 8, ne impone la presenza a corredo dell'offerta *“a pena di esclusione”*.

Deve, pertanto, affermarsi che, mentre rispetto alla garanzia provvisoria, di cui all'art. 93, commi da 1 a 7 del Codice Appalti, trattandosi di irregolarità essenziale di un elemento

dell'offerta non richiesto dal legislatore a pena di esclusione, è possibile il soccorso istruttorio a pagamento ai sensi dell'art. 83, co. 9 stesso Codice, a conclusioni opposte deve pervenirsi rispetto alle mancanze della garanzia definitiva, di cui ai commi 8 e 9 del citato art. 93.

13.4. Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche al caso in esame, se ne ricava che, diversamente da quanto affermato dalla difesa dell'amministrazione, non si è in presenza qui di una carenza afferente la garanzia definitiva, bensì di una irregolarità riguardante la sola garanzia provvisoria.

In siffatte evenienze, l'esclusione delle partecipanti disposta senza concedere loro il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, co. 9 d.lgs. n. 50/2016, è senz'altro illegittima; l'istituto del soccorso istruttorio trova, infatti, applicazione anche nel caso in cui la garanzia provvisoria - che ai sensi dell'art. 93, co. 1 d.lgs. n. 50/2016 deve riguardare "*in caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, ... tutte le imprese del raggruppamento medesimo*" - sia stata prestata soltanto dalla mandante anziché da entrambe le partecipanti della costituenda A.T.I.

13.5. Quanto, poi, al rilievo di parte resistente teso a evidenziare - anche sulla base di quanto affermato nella sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, n. 878/2017, richiamata nella memoria illustrativa di A.S.M. - le ripercussioni che le carenze della garanzia provvisoria producono su quella definitiva, si osserva che, tali effetti andrebbero comunque verificati all'esito della procedura di soccorso che l'amministrazione è tenuta ad attivare, ai sensi dell'art. 83, co. 9 citato, in relazione alla garanzia provvisoria.

Ragionando diversamente, infatti, si rischia di restringere troppo e ingiustificatamente l'ambito applicativo del soccorso istruttorio, precludendone di fatto l'applicazione per le incompletezze della garanzia provvisoria, con l'effetto di uniformarne la disciplina rispetto a quella della garanzia definitiva, quando è evidente che il legislatore ha voluto assegnare ad esse un trattamento affatto differenziato, in ragione della diversa onerosità dell'impegno con esse rispettivamente assunto (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 27.10.2016, n. 4988, che sottolinea la diversità delle due garanzie, agganciandola anche al rilievo che solo quella definitiva presenta una "*stretta connessione strutturale e funzionale con la formulazione dell'offerta*").

14. Per le suesposte considerazioni, quindi, previa declaratoria di inammissibilità del ricorso nei confronti della società BSB Recycling, per difetto di legittimazione passiva, lo stesso ricorso va per il resto accolto e, per l'effetto, va annullata l'esclusione impugnata, siccome disposta senza ammettere le ricorrenti al soccorso istruttorio.

15. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa declaratoria di inammissibilità dello stesso nei confronti della società BSB Recycling, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'esclusione impugnata.

Condanna la resistente e la controinteressata Benfante in solido a rifondere le spese di lite alla ricorrente, che liquida in euro 3.000,00, oltre IVA e CPA; condanna in via esclusiva la resistente a rifondere alla ricorrente le spese per il contributo unificato. Pone a carico della ricorrente la rifusione delle spese di costituzione della società BSB Recycling, che liquida in complessivi euro 1.500,00.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Concetta Plantamura, Consigliere, Estensore