

La funzione sanante del soccorso istruttorio a favore della garanzia provvisoria incompleta o inesatta

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 28-1-2025

Il soccorso istruttorio rientra nell'ambito di tutte quelle figure che, nel settore dei contratti pubblici, favorisce il conseguimento della par conditio creditorum, tramite la sua tipica funzione integrativa e suppletiva, tesa a sanare tutte le irregolarità formali che possono viziare la garanzia provvisoria prodotta dall'operatore economico.

Pertanto, tale istituto svolge una funzione tipicamente sostanzialista, accentuata con l'entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recentemente modificato dal decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209, finalizzata proprio a superare tutti quegli ostacoli formalisti che impediscono o rallentano il conseguimento del primario interesse pubblico per l'amministrazione e il soddisfacimento del bene della vita per il privato.

Nello specifico il recupero delle carenze che colpiscono la documentazione amministrativa, necessaria per la partecipazione alla gara, non può riguardare gli atti costitutivi dell'offerta, sia dal punto di vista tecnico sia sotto il profilo economico.

Pubblicato il 23/12/2024

N. 23262/2024 REG.PROV.COLL.

N. 11276/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11276 del 2024, proposto da Open Assessment Technologies S.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B2282E5AC1, rappresentata e difesa dagli avvocati Paola Parma, Marco Longo, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Claudia Molino in Roma, via Po, 9;

contro

Invalsi - Istituto Nazionale per la Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e di Formazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento:

- della determinazione n. 223 del 23 settembre 2024, comunicata in pari data alla Ricorrente, con cui INVALSI Istituto Nazionale per la valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione ha disposto l'esclusione di Open Assessment Technologies S.A. dalla Procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro con un solo operatore economico, ai sensi dell'art. 59 comma 3 del d. lgs. n. 36/2023, avente ad oggetto servizi finalizzati alla creazione di soluzioni informatiche che garantiscano la realizzazione di somministrazioni computer based di strumenti standardizzati su larga scala attraverso la piattaforma TAO Testing, in favore di tutte le scuole del territorio nazionale, CIG B2282E5AC1, bandita con determina INVALSI n. 163 del 18 giugno 2024, pubblicata il 20 giugno 2024, nonché, ove necessario, la relativa comunicazione inviata, in pari data, i verbali delle sedute di gara del 5 (limitatamente all'erroneo rilievo della "mancanza della fideiussione", punto 1, pag. 3) e 20 settembre 2024 e ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale alla disposta esclusione, ancorché non conosciuto;

per ordinare, per l'effetto, a INVALSI Istituto Nazionale per la valutazione del sistema educativo di istruzione e di formazione di dare corso alle operazioni di valutazione delle offerte e alle ulteriori fasi della procedura sopra indicata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale per la Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e di Formazione - Invalsi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2024 il dott. Mario Gallucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Alla procedura aperta bandita dell'Istituto Nazionale per la Valutazione del Sistema Educativo di Istruzione e di Formazione (Invalsi) per la stipula di un accordo quadro concernente i servizi informatici indicati in epigrafe partecipava quale unico offerente la Società ricorrente.
2. Esaminata la documentazione amministrativa, la Commissione giudicatrice decideva, con verbale in data 5 settembre 2024, di ricorrere al soccorso istruttorio con riguardo (i) alla carenza della dichiarazione di inesistenza di cause di esclusione e (ii) alla garanzia provvisoria perché quest'ultima risultava (a) mancante dell'indicazione di validità per 270 giorni dalla data di presentazione dell'offerta, (b) priva dell'impegno del garante a rinnovare la garanzia per 180 giorni nel caso in cui al momento della scadenza non sia intervenuta l'aggiudicazione, (c) non conforme allo schema tipo approvato con decreto del Ministero dello Sviluppo Economico nel 2022.
3. Open Assessment Technologies S.A. riscontrava l'invito dell'Amministrazione producendo l'appendice della garanzia in data 13.09.2024, recante "chiarimenti sugli obblighi assunti", nella quale l'Istituto bancario conferma l'impegno relativo alla garanzia e precisa gli aspetti mancanti nel documento allegato in origine.
4. Con verbale in data 20 settembre 2024 la Commissione "*prende(va) atto che la Open Assessment Technologies S.A. non (aveva) prodotto, nei termini previsti, idonea garanzia provvisoria rispondente a quanto previsto dall'art. 10 del Disciplinare di gara, avente data certa di costituzione antecedente al termine di scadenza per la presentazione dell'offerta*" e "*rileva(va), pertanto, l'assenza della cauzione provvisoria che determina l'esclusione del concorrente ai sensi del combinato disposto degli articoli 101 e 106 del D. Lgs. n. 36/2023*", non ammettendo l'odierna ricorrente alla fase successiva della procedura.
5. Sulla base del predetto verbale veniva adottato il provvedimento di esclusione da parte del direttore generale.
6. Tale provvedimento veniva gravato con l'odierno ricorso, con cui si denuncia l'illegittimità dell'esclusione contestando, con il primo motivo, il travisamento e l'erronea valutazione dei fatti da parte dell'Amministrazione in sede di soccorso istruttorio e, con il secondo motivo, la violazione dei principi di ragionevolezza, di proporzionalità e del risultato.
7. Si costituiva l'Invalsi a mezzo della difesa erariale e depositava memoria ex art. 73 del c.p.a., cui facevano seguito il deposito dello scritto difensivo e della replica della ricorrente.
8. All'udienza del 18 dicembre 2024 la causa veniva introitata ai fini della decisione.
9. Il ricorso è fondato nei termini appresso precisati.
10. In materia di garanzia provvisoria l'art. 10 del Disciplinare ricalca in sostanza il contenuto dell'art. 106 del D.Lgs. 36/2023 in materia di *garanzie per la partecipazione alla procedura*.

11. In base all'art. 101, comma 1, del D.Lgs. 36/2023 *“la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo (...); la mancata presentazione della garanzia provvisoria (...) è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte (...).*

Alla disposizione in parola è sottesa una *ratio* antiformalistica finalizzata ad evitare che, anche qualora sia rispettata la *par condicio competitorum*, le formalità imposte dalla procedura di gara prevalgano sul dato sostanziale qualitativo delle offerte presentate dagli operatori economici e, per eterogenesi dei fini, pregiudichino il risultato dell'azione amministrativa.

12. La recente giurisprudenza ha chiarito che il soccorso *integrativo o completivo* di cui all'art. 101, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 36/2023 *“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)”* (Cons. Stato, sez. V, n. 4984/2024) e *“prevede solo per la mancata presentazione della garanzia provvisoria, ma non per l'inesattezza della stessa, la possibilità di integrazione mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”* (TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, n. 19040/2024; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 1429/2024).

13. Con riguardo alla garanzia provvisoria si aderisce all'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'insufficienza o l'invalidità della stessa costituisce una mera irregolarità sanabile attraverso il soccorso istruttorio (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, n. 4984/2024; n. 10274/2022; n. 366/2021).

14. Da tali coordinate ermeneutiche deriva che le carenze della garanzia provvisoria, diverse dalla mancata presentazione della stessa, le inesattezze e le divergenze di forma rispetto allo schema tipo di approvazione ministeriale possano essere sanate tramite il soccorso istruttorio integrativo o completivo di cui all'art. 101, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 36/2023.

15. Nel caso in esame la garanzia provvisoria è stata costituita dall'operatore economico in data antecedente rispetto alla scadenza del termine di partecipazione alla procedura di gara e presenta delle carenze che, come noto, riguardano l'esplicitazione degli impegni dell'Istituto bancario fideiussore e la forma negoziale. L'appendice del 13 settembre 2024, seppur successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, rappresenta il chiarimento dell'intento negoziale espresso con la fideiussione tempestivamente prestata. Quindi, non si tratta della violazione dell'obbligo di presentazione della garanzia, ma di una irregolarità del contenuto della stessa, rimediabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio integrativo o completivo. Tale rimediabilità si ricava dalla formulazione dell'art. 101, comma 1, lett. a), del D.Lgs. 36/2023, che regola in modo espresso l'ipotesi della mancata presentazione della garanzia provvisoria, prevedendo solo in tal caso, quale requisito di validità ai fini del soccorso istruttorio, l'anteriorità della (data certa della) documentazione prodotta rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte. Da tale disciplina si

ricava che l'atto integrativo della garanzia già rilasciata al momento della presentazione dell'offerta è ammissibile, anche se cronologicamente successivo, qualora non modifichi l'intento negoziale ma si limiti unicamente a chiarirlo, sopperendo a carenze che non incidono sull'esistenza della garanzia stessa.

16. Infine, nel caso in esame la partecipazione alla procedura da parte di un unico operatore economico - *i.e.* l'odierna ricorrente - fa sì che in concreto non vi possa essere alcuna lesione della *par condicio competitorum*.

17. In conclusione, il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto, con conseguente annullamento del verbale della Commissione giudicatrice in data 5 settembre 2024 limitatamente all'erroneo rilievo della "mancanza della fideiussione" (punto 1, pag. 3), del verbale in data 20 settembre 2024 e del provvedimento di esclusione di Open Assessment Technologies S.A. dalla procedura.

18. Le caratteristiche della vicenda controversa giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il verbale della Commissione giudicatrice in data 5 settembre 2024 limitatamente all'erroneo rilievo della "mancanza della fideiussione", il verbale in data 20 settembre 2024 e il provvedimento di esclusione di Open Assessment Technologies S.A. dalla procedura.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Tuccillo, Presidente FF

Mario Gallucci, Referendario, Estensore

Vincenzo Rossi, Referendario

Guida alla lettura

Il **Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter**, è intervenuto recentemente, con sentenza **n. 23262 del 23 dicembre 2024**, su un istituto che ha inciso profondamente nel settore dei contratti pubblici.

In particolare, nel **superamento di una visione essenzialmente formalista a favore di un'innovativa concezione prettamente sostanzialista.**

In sintesi l'intervento giurisprudenziale riguarda il caso in cui la garanzia provvisoria, disciplinata dall'articolo 106 (*Garanzie per la partecipazione alla procedura*) del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (*Codice dei contratti pubblici*), mancante di alcuni elementi necessari per la sua esatta operatività, possa essere sanata con il ricorso alla figura prevista dall'articolo 101 (Soccorso istruttorio), comma 1 del suddetto d.lgs. n. 36/2023. In concreto tale istituto contribuisce ad attuare, come detto, la definitiva affermazione di un'attività della p.a. prettamente sostanzialista.

La *ratio* antiformalistica fa sì che siano **evitate palesi procedure in grado di prevalere sul contenuto concernente le offerte presentate dagli operatori economici, evitando, altresì, un concreto danno a carico del *modus agendi* della stazione appaltante.**

Quanto sostenuto dal tribunale amministrativo laziale trova riscontro nella moderna giurisprudenza, che ha individuato in modo esatto la funzione dell'esaminando soccorso istruttorio.

Infatti quest'ultimo mira, in termini essenzialmente quantitativi, al **recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara**, con esplicita **esclusione**, tuttavia, **degli atti inerenti all'offerta**, sotto il profilo tecnico ed economico.

In particolare i magistrati ricordano che la suddetta attività suppletiva può essere esperita dal soggetto privato per una sola finalità. Nello specifico, l'interessato può agire esclusivamente nel caso in cui la garanzia provvisoria non sia stata presentata in alcun modo. In tale situazione l'interveniente può rettificare la propria posizione tramite la presentazione di determinati documenti contraddistinti da data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte.

Quindi il Collegio aderisce totalmente alla predetta visione sostanzialista in quanto **l'insufficienza o l'invalidità della garanzia provvisoria rappresenta indubbiamente una mera irregolarità emendabile**, come rammentato, dalla disposizione di cui all'art. 101 del nuovo codice degli appalti.

Pertanto il tribunale puntualizza che, ricorrendo a tale interpretazione, il descritto **soccorso istruttorio, integrativo o completo, è pienamente in grado di sopperire alle carenze manifestate dalla medesima garanzia provvisoria, diverse dalla mancata presentazione della stessa.**

Infatti le inesattezze e le divergenze di forma, riscontrate rispetto allo schema tipo di approvazione ministeriale, possono essere regolarizzate proprio con il ricorso alla funzione integrativa compiuta dal suddetto soccorso istruttorio.

In conclusione il TAR capitolino evidenzia come l'atto integrativo della garanzia, già rilasciata

al momento della presentazione dell'offerta, è ammissibile, anche se cronologicamente successivo, qualora lo stesso non modifichi in alcun modo l'intento negoziale. Più precisamente, **l'intervento deve limitarsi a chiarire l'effettiva volontà delle parti.**

Peraltro tale attività suppletiva deve essere esclusivamente compiuta con l'intento di non ricadere in alcun modo sull'esistenza della garanzia stessa.