Pubblicato il 23/10/2020

N. 00377/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00302/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 302 del 2020, proposto da
Cifolelli Edilizia S.r.l., Impresa Nanni & Figli S.n.c. di Nanni Rinaldo, Ikuvium R.C. S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Eleonora Marzano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale alle opere pubbliche per il Lazio-Abruzzo-Sardegna, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in L'Aquila, via Buccio da Ranallo;

nei confronti

Consorzio Stabile Rennova, non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensiva,

1) verbale di gara n. 512 di REP del 07.09.2020 nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della costituenda A.t.i. ricorrente dalla gara d'appalto indetta dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. Lazio-Abruzzo-Sardegna, sede dell'Aquila per l'affidamento dei “lavori di recupero del complesso edilizio del convitto Nazionale, della Camera di commercio e della Provincia di L'Aquila, comprendente gli Uffici, l'*ex* Liceo Classico e la Biblioteca, danneggiati a seguito del sisma del 06.04.2009 – 1° Stralcio” CUP: D12J09000400001 – CIG: 8205095298;

2) per quanto occorra, della nota prot. U. 0029243 dell'11.09.2020 a firma del Responsabile del Procedimento con la quale è stata comunicata alla ricorrente l'esclusione disposta con il provvedimento impugnato sub 1);

3) del precedente verbale del 1.09.2020 con il quale è stato disposto il soccorso istruttorio per una presunta incompletezza nella documentazione della costituenda A.t.i. ricorrente;

4) se ed in quanto occorra, della *lex specialis* e, precisamente, del punto 8) paragrafo V del disciplinare di gara (pagg. 13-14) nella parte in cui prevede che "*La garanzia deve avere efficacia per 365 giorni dalla data di presentazione dell'offerta* […] laddove considerato a pena di esclusione e comunque fosse interpretato in senso lesivo per gli interessi della ricorrente;

5) di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, comunque lesivi per gli interessi della ricorrente, se ed in quanto esistenti e da questa non conosciuti, ivi compresi eventuali ulteriori verbali di gara se esistenti e non noti alla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 la dott.ssa Maria Colagrande;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Le società ricorrenti, parti della costituenda ATI con capogruppo la S.r.l. Cifolelli Edilizia, impugnano il provvedimento di esclusione della loro candidatura dalla gara indetta dal Provveditorato Interregionale alle OO.PP. Lazio-Abruzzo-Sardegna, sede dell'Aquila per l'affidamento dei "*lavori di recupero del complesso edilizio del convitto Nazionale, della Camera di commercio e della Provincia di L'Aquila, comprendente gli Uffici, l'ex Liceo Classico e la Biblioteca, danneggiati a seguito del sisma del 06.04.2009 – 1° Stralcio*".

La stazione appaltante avendo riscontrato il permanere delle irregolarità dell'offerta delle ricorrenti all'esito dell'esperimento del soccorso istruttorio, ha disposto l'esclusione sulla base delle seguenti motivazioni:

"*Il bando quale lex specialis, dispone un periodo di garanzia di 365 giorni. L'O.E. presta una garanzia decorrente dal 15/5/2020 fino al 14/11/2020. Allega ancora un'appendice alla polizza dove, in relazione al nuovo termine di presentazione delle offerte al 22/06/2020, il nuovo termine di scadenza della garanzia è il 22/12/2020. In ambo i casi la polizza prestata è largamente inferiore ai 365 giorni come si evince sia nella polizza che nell'appendice prodotta…*";

b) "*Il fatto che Simon David Barker è procuratore speciale della società "Causalty & General Insurance Company (Europe) Ltd (Cgice) non definisce che esso abbia tra i suoi poteri quello di sottoscrivere la garanzia, come invece sarebbe per l'amministratore delegato….*".

Con il primo motivo di ricorso le ricorrenti sostengono che entrambe le carenze riscontrate dalla stazione appaltante non sarebbero irregolarità essenziali, tali da richiedere l'avvio del soccorso istruttorio *ex* art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 e l'esclusione in caso di inutile decorso del termine assegnato, nonché l'illegittimità dell'esclusione perché:

a) quanto alla durata della garanzia provvisoria:

- la durata di 365 giorni non sarebbe prescritta dal disciplinare di gara a pena di esclusione;

- le condizioni generali del contratto di garanzia assicurano la durata della cauzione provvisoria fino all'aggiudicazione;

- la stazione appaltante dovrebbe comunque consentire di prorogare l'efficacia della garanzia, ove necessario per il protrarsi delle operazioni di gara;

- l'appendice alla polizza rilasciata dal garante stabilisce il periodo di copertura assicurativa dal 22.6.2020 al 21.7.2021;

b) quanto ai poteri del procuratore speciale che ha sottoscritto la polizza fideiussoria;

- la stazione appaltante avrebbe omesso di considerare che il notaio, nell'autenticare la sottoscrizione apposta in calce a contratto di garanzia, avrebbe accertato anche la sussistenza del potere negoziale del sottoscrittore di vincolare la società.

Con il secondo motivo deducono:

- che le carenze evidenziate dalla stazione appaltante sarebbero generiche, non essendo stati specificati "*il contenuto e i soggetti che le devono rendere*" *ex* art. 83 del codice;

- le irregolarità sarebbero state validamente superate con i chiarimenti che la stazione appaltante, avendoli ritenuti insufficienti, avrebbe dovuto chiedere di integrare;

- l'esclusione sarebbe illegittima perché l'art. 83, comma 9, del d.lgs. 50/2016 la prescrive solo nell'ipotesi in cui sia inutilmente decorso il termine di regolarizzazione e non anche nella diversa ipotesi di un'eventuale insufficienza dei chiarimenti/integrazioni forniti;

- sono stati concessi alla ricorrente appena 4 giorni lavorativi per dare seguito al soccorso istruttorio (1° settembre, martedì – 7 settembre, lunedì successivo), nonostante le integrazioni riguardassero documenti e dichiarazioni provenienti da soggetti terzi.

Con il terzo motivo è impugnato, in via subordinata, il punto 8) paragrafo V del disciplinare di gara nella parte in cui prevede che "*La garanzia deve avere efficacia per 365 giorni dalla data di presentazione dell'offerta* […]; la validità della garanzia provvisoria per una durata di 365 giorni indicata dalla *lex specialis*, se prescritta a pena di esclusione, sarebbe illegittima perché introdurrebbe una causa di esclusione non prevista dalla legge e un vincolo formale eccessivamente gravoso, considerato che la garanzia mira ad assicurare l'impegno del concorrente per tutta la durata della gara e fino alla sottoscrizione del contratto.

Alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020, avvisate le parti che ricorrono i presupposti per definire il ricorso con sentenza ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, la causa è stata assunta in decisione.

Il ricorso è infondato.

È ben vero che, in base al principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche, la presentazione di una cauzione provvisoria d'importo insufficiente, incompleta o non conforme ai requisiti prescritti dalla *lex specialis*, non costituisce mai causa di esclusione.

Tuttavia la giurisprudenza (Consiglio di Stato, A.P. n. 34 del 10 dicembre 2014), ritiene che la cauzione costituisca, non un mero elemento a corredo dell'offerta, ma una sua parte integrante perché si pone come strumento di garanzia della serietà ed affidabilità dell'offerta che vincola le imprese partecipanti ad una gara pubblica all'osservanza dell'impegno assunto a rispettarne le regole, responsabilizzandole, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti.

Ne consegue, contrariamente a quanto sostenuto dalle ricorrenti, che le irregolarità che viziano la garanzia provvisoria, sebbene non costituiscano *ex se* cause di esclusione, hanno natura certamente essenziale, quindi non si sottraggono al dovere di sanatoria, previo soccorso istruttorio, e costituiscono causa di esclusione se non sanate, stante l'espressa comminatoria stabilita dal comma 9 dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016.

A tal proposito è evidente che al riscontro non conforme ai rilievi formulati in sede di soccorso istruttorio, non può che far seguito l'esclusione dalla gara, che invece la ricorrente ritiene limitata al solo caso in cui l'operatore resti inerte.

Non avrebbe infatti alcun senso aver previsto di dare la possibilità correggere le irregolarità rilevate, se all'operatore economico bastasse dissentire espressamente di rilievi formulati dalla stazione appaltante per evitare l'esclusione.

Inoltre, l'esperimento del soccorso istruttorio non implica, come invece sostenuto dalla ricorrente, l'apertura di un dialogo tra la stazione appaltante e l'operatore economico scandito da ulteriori interpelli, ove la stazione appaltante ritenga non sanate le irregolarità contestate, quando, come in specie, i rilievi formulati in sede di apertura del subprocedimento siano chiari e completi.

Sarebbe stato pertanto contrario ai principi di economicità dell'azione amministrativa reiterare quegli stessi rilievi che avevano determinato l'avvio della fase di soccorso, per consentire alle ricorrenti di conformarvisi, considerato che non vi era possibilità di equivoco sul fatto che la stazione appaltante avesse ritenuto *ab initio* insufficiente la durata della garanzia provvisoria e mancante la prova dei poteri negoziali del procuratore speciale che aveva sottoscritto il contratto di garanzia.

Del resto, il fatto che le ricorrenti non abbiano chiesto chiarimenti sulle irregolarità rilevate, ma abbiano allegato un'appendice al contratto di garanzia, che ne modifica la durata, e di opporre al secondo rilevo della stazione appaltante che i poteri di rappresentanza sarebbero insiti nell'autentica notarile della sottoscrizione, dimostra che le irregolarità contestate fossero non condivise, non certo ambigue.

L'aver poi le ricorrenti tempestivamente allegato un'appendice al contratto di garanzia e controdedotto ai rilievi inerenti ai poteri negoziali del sottoscrittore della polizza, dimostra che il termine di sette giorni assegnato dalla stazione appaltante era adeguato, in concreto, oltre che

formalmente conforme con il dettato dell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 che prevede di assegnare un termine non superiore a dieci giorni.

In punto di fatto risulta infine provato che l’appendice al contratto di garanzia prodotta dalle ricorrenti in sede di soccorso istruttorio stabilisce una durata della cauzione provvisoria dal 22.6.2020 al 22.12.2020, inferiore a quella stabilita dalla legge di gara, pari a 365 giorni.

Tanto giustifica l’esclusione dell’offerta delle ricorrenti, non rilevando che le condizioni generali di contratto prevedano l’impegno del garante di rinnovare la garanzia, per un ulteriore periodo di durata pari a quello indicato nel bando o nell’invito stesso, su richiesta della Stazione appaltante.

Infatti l’appendice, che interviene proprio sulla durata della cauzione confermandone l’entità (dal 22.6.2020 e il termine al 22.12.2020) per un periodo inferiore a quello prescritto da bando, modifica *in parte qua* le condizioni generali di contratto alle quali, conseguentemente, il garante non è più vincolato.

Quanto all’ulteriore appendice che avrebbe, secondo le ricorrenti, stabilito un’ulteriore modifica della durata della cauzione provvisoria estendendone la durata fino a 365 giorni, dal 22.6.2020 al 21.7.2021, basta osservare che essa è stata sottoscritta il 1.10.2020, ben oltre la data di adozione del provvedimento di esclusione impugnato, per escluderne la rilevanza.

Il primo e il secondo motivo sono pertanto respinti.

Anche il terzo motivo, introdotto in via subordinata, è infondato.

Il comma 5 dell’art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 che “*La garanzia deve avere efficacia per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione*”.

È evidente che la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nel decidere se prolungare o ridurre il periodo di efficacia della garanzia stabilita dalla disposizione e, soprattutto, se richiedere l’impegno a rinnovare la garanzia.

Non può, quindi, ritenersi che il potere conferito alla stazione appaltante di chiedere il rinnovo della garanzia costituisca un limite all’altrettanto discrezionale potere di stabilire una durata della cauzione maggiore di quella indicata dalla legge.

Né merita adesione la tesi secondo la quale la maggior durata prevista dal bando sarebbe sproporzionata e avrebbe un contenuto solo formale, stante l’incertezza dalla durata della gara.

Nel caso concreto la decisione di stabilire la durata della cauzione provvisoria in 365 giorni si rivela, invece, coerente con il criterio stabilito dalla disposizione citata, che fa riferimento alla *durata presumibile del procedimento* che nel caso in decisione è condizionata sia dalla natura dei lavori da affidare - riguardanti un complesso immobiliare di interesse storico-artistico, con conseguente complessità delle valutazioni tecniche dei progetti che saranno presentati - sia dal criterio di aggiudicazione secondo l’offerta economicamente più vantaggiosa stabilito dal bando che potrebbe determinare l’apertura del subprocedimento di verifica dell’anomalia.

Considerato, infine, che il provvedimento impugnato riposa su due diversi e autonomi profili di irregolarità, uno dei quali - l'inidoneità della garanzia provvisoria - resiste alle censure illustrate nel ricorso, il Collegio è esentato dall'esaminare le questioni inerenti all'altro profilo, il cui accoglimento non potrebbe determinare l'annullamento dell'esclusione validamente sorretta dal giudizio di inidoneità della garanzia.

Il ricorso pertanto è respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le ricorrenti al pagamento, in favore del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale alle opere pubbliche per il Lazio-Abruzzo-Sardegna, delle spese processuali, che liquida in € 3.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Realfonzo, Presidente

Maria Colagrande, Primo Referendario, Estensore

Giovanni Giardino, Referendario

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Maria Colagrande	Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO