



DELIBERA N. 589

28 luglio 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 presentata da TSA s.r.l. - Procedura aperta per l'appalto del servizio di manutenzione del verde sul territorio comunale di Guidonia Montecelio per la durata di 36 mesi- Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: 1.191.446,89euro –S.A.: C.U.C. della IX Comunità Montana del Lazio - Comune di Guidonia Montecelio,

PREC 150/2021/S

Riferimenti normativi

Articolo 83 d.lgs. n. 50/2016

Articolo 93 d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Garanzia provvisoria – soccorso istruttorio – condizioni di esperibilità

Massima

Con riferimento alla esperibilità del soccorso istruttorio per la garanzia a corredo dell'offerta occorre distinguere la fattispecie della mancata costituzione della garanzia da quella della sua invalidità o irregolarità, in quanto solo la prima ipotesi costituisce *ex se* espressione della scarsa serietà dell'offerta, mentre nella seconda ipotesi si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria, nonché della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda" ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica. L'operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Diversamente opinando, infatti, sarebbe violata la *par condicio* tra tutti i concorrenti, consentendo ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 28 luglio 2021



DELIBERA

VISTA l'istanza di parere prot. n. 44556 del 3 giugno 2021, presentata da TSA s.r.l. relativamente alla procedura per l'affidamento del contratto in oggetto;

CONSIDERATO che l'istante chiedeva all'Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei propri confronti dall'amministrazione per aver prodotto le quattro polizze fideiussorie richieste dalla stessa con il soccorso istruttorio, non aventi data antecedente a quella fissata per il termine di presentazione delle offerte;

CONSIDERATO che nello specifico l'istante rappresentava di aver partecipato a tutti e quattro i lotti della procedura di gara presentando una cauzione provvisoria unica calcolata sull'importo complessivo dei quattro lotti pari ad € 1.228.196,67 e che con nota del 23 aprile 2021 la stazione Appaltante comunicava l'attivazione del soccorso istruttorio, «*per aver presentato un unico deposito cauzionale in luogo di quattro distinti esemplari di polizza (una per ciascun Lotto), come precisato nella risposta al chiarimento n. 9 e richiedendo pertanto la presentazione di n. 4 polizze distinte per lotto riportanti la data antecedente alla data di scadenza della presentazione delle istanze*». Conseguentemente l'istante presentava «*quattro cauzioni distinte con efficacia identica alla cauzione originariamente prodotta - dal giorno di scadenza del termine di presentazione delle offerte (i.e. 19.04.21) al 30.11.2021 - ma con data di emissione (necessariamente) successiva a quella di presentazione delle offerte, dovendo la stessa necessariamente corrispondere al giorno di effettiva emissione del documento da parte della compagnia (i.e. il 28.04.2021)*». In esito a tale integrazione documentale l'amministrazione disponeva l'esclusione del concorrente in ragione del fatto che le polizze prodotte in sede di soccorso istruttorio riportavano data successiva alla data di presentazione delle istanze;

VISTA la disciplina di gara che al punto "3.1.1 Indicazioni relative alla documentazione amministrativa da presentare a pena esclusione," alla lettera c) disponeva in merito alla garanzia provvisoria senza fornire specifica indicazione con riferimento all'ipotesi della partecipazione del concorrente a più lotti;

VISTA la nota dei chiarimenti prodotti dalla stazione appaltante nella quale è riportato "Quesito 9.1 Partecipando a tutti i lotti di gara, è necessario presentare una cauzione distinta per ciascun lotto";

VISTO il Regolamento di precontenzioso approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 10 nell'adunanza del 9 gennaio 2019;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 23 giugno 2021, con nota prot. n. 49892

VISTA la documentazione in atti e le memorie depositate dalle parti;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità del provvedimento di esclusione disposto nei confronti di un concorrente che, partecipando a tutti i lotti in gara ed avendo prodotto un'unica garanzia provvisoria, in sede di soccorso istruttorio abbia presentato le garanzie provvisorie relative a ciascun lotto aventi data di emissione successiva a quella di scadenza del termine di gara;

CONSIDERATO il contenuto dispositivo dell'articolo 83 del d.lgs. n. 50/2016;

CONSIDERATO quanto disposto dall'articolo 93 del d.lgs. n. 50/2016;



CONSIDERATO più specificamente che l'articolo 83, al comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 dispone che: «Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»;

RISCONTRATO che è orientamento ormai consolidato quello che evidenzia la portata oggettiva e sistematica della disciplina del soccorso istruttorio, la quale, attuando nell'ordinamento nazionale un istituto del diritto europeo dei contratti pubblici a recepimento facoltativo, ha enfatizzato l'impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento. Nello specifico, la giurisprudenza amministrativa ha al riguardo chiarito che «La disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili» (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 marzo 2017 n. 975; ANAC delibera n. 298 del 1 aprile 2020);

RILEVATO che il consolidato orientamento dell'Autorità in merito alle questioni inerenti la cauzione a corredo dell'offerta e alla relativa esperibilità del soccorso istruttorio per sanare le carenze della cauzione è nel senso di applicare l'istituto ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (cfr. ANAC, delibera n. 298 del 1 aprile 2020; delibera n. 372 del 17 aprile 2019 e delibera n. 339 del 28 marzo 2018);

CONSIDERATO che la finalità sottesa alla procedura di soccorso istruttorio è quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara dai concorrenti, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, il procedimento di soccorso istruttorio non può consentire al concorrente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte: diversamente, infatti, si violerebbero i principi di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 26 gennaio 2021, n. 804; Consiglio di Stato, sez. III, 26 giugno 2020 n. 4103; Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 2020 n. 1671);

RISCONTRATO, altresì, che anche la giurisprudenza amministrativa sull'esperibilità del soccorso istruttorio per la garanzia a corredo dell'offerta ha chiarito come occorra distinguere la fattispecie della mancata costituzione della garanzia da quella della sua invalidità o irregolarità, in quanto solo la prima ipotesi costituisce *ex se* espressione della scarsa serietà dell'offerta, mentre nella seconda ipotesi si ha una condizione di invalidità sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio, che è attivabile in quanto le ragioni di invalidità della cauzione provvisoria, nonché della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda"



ovvero ipotesi di “mancanza, incompletezza” o di “irregolarità essenziale” della documentazione allegata alla domanda di partecipazione e, dunque, non dell’offerta economica o tecnica. Tale orientamento precisa ulteriormente che l’operatore economico è legittimato a rimanere in gara nel solo caso in cui la cauzione provvisoria presentata in sanatoria o la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva siano riferibili a data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione. Diversamente opinando, infatti, sarebbe violata la *par condicio* tra tutti i concorrenti, consentendo ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formatasi in data successiva alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 26 gennaio 2021, n. 804; sez. V, 16 gennaio 2020, n. 399 e 4 dicembre 2019, n. 8296);

RILEVATO infine che la stessa giurisprudenza amministrativa ha recentemente sostenuto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2020 n. 399) che il principio sopra espresso, per il quale il soccorso istruttorio va a buon fine con conseguente permanenza in gara dell’operatore solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria sia di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione va limitato alla sola ipotesi di mancanza di cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda a pena di esclusione;

RISCONTRATO che, nel caso di specie, l’operatore economico aveva prodotto, ai fini della partecipazione un’unica garanzia provvisoria per l’intero importo complessivo di gara ed avente data antecedente quella di presentazione delle offerte, stante la volontà di gareggiare per l’aggiudicazione di tutti e quattro i lotti e che, facendo seguito al soccorso istruttorio, aveva prodotto le quattro garanzie provvisorie relative a ciascun lotto con data di emissione successiva a quella di scadenza delle offerte;

RITENUTO che, in considerazione delle sopra indicate argomentazioni giuridiche, la fattispecie oggetto della controversia non possa essere ricondotta all’ipotesi di mancanza produzione della garanzia provvisoria per effetto della quale la successiva integrazione documentale rappresenterebbe una violazione del principio di *par condicio*, bensì all’ipotesi di irregolarità sanabile; infatti, l’operatore economico aveva presentato una garanzia provvisoria unica ai fini della partecipazione, entro il termine di scadenza delle offerte e con la richiesta di soccorso istruttorio dell’amministrazione ha integrato quanto già prodotto *ab initio*, con conseguente non conformità all’ordinamento del provvedimento di esclusione disposto;

RITENUTO altresì ad ulteriore conferma di tali considerazioni che, nel caso che si controverte, la *lex specialis* non solo non prevedeva esplicitamente la produzione di una cauzione per ciascun lotto, né dava indicazioni specifiche sulla produzione della cauzione agli operatori economici intenzionati a partecipare a più lotti - sebbene per altri profili di disciplina abbia invece previsto delle specifiche indicazioni in tal senso (ad es. per i requisiti economico-finanziari) – ma una apposita indicazione in merito alla necessità di produrre una garanzia provvisoria per ciascun lotto di partecipazione veniva fornita solo nelle risposte ai chiarimenti sopra menzionati. Al riguardo, la consolidata linea interpretativa ha ampiamente ritenuto che la stazione appaltante non può mediante i chiarimenti auto interpretativi, modificare o integrare la disciplina, prevedendo requisiti di partecipazione o cause di esclusione, dovendo questi essere definiti nella *lex specialis*;

RITENUTE pertanto fondate le censure sollevate dall’odierno istante;

Il Consiglio



ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che il provvedimento di esclusione adottato non sia conforme al combinato disposto dell'articolo 83 e dell'articolo 93 del d.lgs. n. 50/2016 e ai principi generali in materia di contratti pubblici.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 2 agosto 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente