

Irregolarità della cauzione provvisoria sub specie di polizza fideiussoria rilasciata da soggetti non autorizzati: sì al soccorso istruttorio, ma 'a pagamento' e nel termine perentorio di dieci giorni.

di Valeria Vitale

Data di pubblicazione: 22-6-2016

1. Gara – Garanzie a corredo dell'offerta – Art. 75 D. lgs. n. 163/2006 - Cauzione provvisoria tramite polizza fideiussoria – Intermediari non iscritti o cancellati dall'albo ex art. 106 D. lgs. n. 385/1993 – Intermediari non abilitati al rilascio di fideiussioni ai sensi del D.M. n. 29/2009 - Esclusione dalla gara.

1. E' causa di esclusione dalla gara, ai sensi dell'art. 75 del [d.lgs.](#) n. 163/2006, la prestazione di una cauzione provvisoria mediante una polizza fideiussoria rilasciata da una società finanziaria iscritta unicamente nell'elenco generale di cui all'art. 106 del vecchio Testo Unico Bancario per l'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico ma non nella forma tecnica del rilascio di fideiussioni, attività per la quale non è mai stata abilitata ai sensi del D.M. n. 29/2009 e del provvedimento della Banca di Italia del 14/5/2009. Invero, ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, comporta esclusione dalla gara il caso di cauzione prestata da intermediari non iscritti o cancellati dall'albo di cui all'articolo 106 del d.lgs. n. 385/1993, o che non svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie.

2. Gara – Irregolarità essenziali - Regolarizzazione ex art. 38, comma 2-bis, D. lgs. n. 163/2006 – Sanzione pecuniaria – Soccorso istruttorio.

2. La regolarizzazione "a pagamento" prevista dall'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006, nel caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, è il frutto della revisione legislativa dell'istituto del soccorso istruttorio ad opera dell'art. 39 del d.l. n. 90/2014 che, inserendo il citato comma 2 bis, all'art. 38 del richiamato d.lgs. n. 163/2006, introduce la possibilità per il concorrente, dietro richiesta della Stazione appaltante, di sanare l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale della propria documentazione, previo pagamento di una sanzione pecuniaria.

3. Gara – Irregolarità essenziali – Regolarizzazione ex art. 38, comma 2-bis, D. lgs. n. 163/2006 – Sanzione pecuniaria – Termine perentorio di dieci giorni – Principio della *par condicio competitorum*.

3. Il termine di dieci giorni per la regolarizzazione "a pagamento" prevista dall'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006 deve essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti. Una diversa conclusione, inoltre, determinerebbe la violazione della par condicio dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligenemente abbia ommesso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori, che, invece, hanno presentato una documentazione ab origine completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della Stazione appaltante.

[Omissis]

Viene in decisione l'appello n.r.g. 9720/2015, con il quale La Pul-Tra di Tirelli Augusto S.a.S. impugna la sentenza n. 11259/2015 del Tar Lazio, chiedendo che venga dichiarato illegittimo il provvedimento con cui il Presidente della Commissione giudicatrice, per la gara (id 1460) indetta da Consip S.p.A., ha invitato il Raggruppamento a regolarizzare la propria posizione nel termine perentorio di dieci giorni, nonché il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara, senza che le venisse concessa una proroga di venti giorni per regolarizzare la cauzione.

L'appello è infondato e deve essere respinto, potendo prescindere per tali ragioni dall'esame delle riproposte eccezioni di inammissibilità sollevate dalla parte appellata.

Il TAR Lazio, nel confermare la legittimità del comportamento di Consip S.p.A., ha preso atto della nota di chiarimenti del 9 giugno 2015 della Banca di Italia, rivolta alla stazione appaltante, con la quale l'Istituto ha dato contezza del fatto che l'intermediario finanziario, che ha rilasciato la fideiussione utilizzata dal RTI per la partecipazione alla gara in questione, pur essendo iscritto nell'elenco contemplato dal vecchio testo dell'art. 106 TUB per la concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico, non era abilitato a svolgere tale attività "nella forma tecnica del rilascio di fideiussioni". Per cui GBM Finanziaria S.p.A., secondo la nota in parola, non è mai stata abilitata ai sensi del D.M. n. 29/2009: tanto da essere oggetto di iniziative ispettive e sanzionatorie da parte dell'Autorità medesima.

La cauzione presentata è stata pertanto ritenuta in contrasto con il par. 2 lett. g) del Disciplinare di gara, che richiedeva che la fideiussione dovesse essere rilasciata da "intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'art. 106 del D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie".

L'appellante ritiene che il TAR abbia errato nell'interpretare l'art. 75 Codice dei Contratti

Pubblici: GBM Finanziaria S.p.A. poteva rilasciare la fideiussione in quanto soggetto iscritto nell'elenco ex art. 106 TUB, i cui iscritti, ai sensi dell'art. 75 cit., sarebbero equiparati agli intermediari di cui all'elenco ex art. 107 TUB.

Il motivo è privo di pregio.

Il TAR, infatti, nel valutare l'inidoneità di GBM Finanziaria S.p.A. ha correttamente ritenuto dirimente la nota della Banca di Italia nella quale si afferma che la finanziaria è iscritta unicamente "nell'elenco generale di cui all'art. 106 del vecchio TUB per l'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico ma non nella forma tecnica del rilascio di fideiussioni, attività per la quale non è mai stata abilitata ai sensi del D.M. n. 29/2009 e del provvedimento della Banca di Italia del 14/5/2009".

Risulta, quindi, irrilevante comprendere in quale elenco fosse iscritta la finanziaria, posto che è soggetto non autorizzato dalla Banca di Italia al rilascio di fideiussioni, e sul punto il RTI non muove alcuna censura.

Risulta del tutto inconferente, inoltre, il richiamo al documento "Chiarimenti in materia di rilascio di garanzie" pubblicato della Banca di Italia in data 7 ottobre 2010, nel quale si afferma che agli intermediari iscritti nell'elenco di cui all'art. 106 vecchio testo TUB è consentito l'esercizio dell'attività di rilascio di garanzie non in via esclusiva, né prevalente o rilevante rispetto alle altre attività finanziarie.

Il Disciplinare di gara, infatti, individuava quali soggetti idonei al rilascio della cauzione, unicamente quelli che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie. Pertanto, la GBM Finanziaria S.p.A., essendo iscritta nell'elenco ex art. 106 vecchio TUB, che consente l'esercizio dell'attività di rilascio di garanzie non in via esclusiva, comunque non integrava la qualità tecniche richieste in sede di gara dalla Consip S.p.A.

Il Tar, conformandosi alla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, ha, quindi, correttamente ritenuto che tale irregolarità fosse una delle cause di esclusione legate alla mancata o irrituale produzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 Codice dei Contratti Pubblici, in quanto tale norma "risponde all'esigenza di garantire, per quanto possibile, la futura esatta esecuzione dei rapporti contrattuali già in una fase che precede la costituzione del vincolo contrattuale", citando, fra le ipotesi di esclusione, il caso di "cauzione prestata da intermediari non iscritti o cancellati dall'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o che non svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie (Consiglio di Stato, sez. IV, 18/12/2013 n. 6088).

Infine, la Stazione Appaltante, dopo aver invitato la concorrente a regolarizzare l'offerta tramite allegazione di idonea cauzione, non avrebbe potuto concedere la proroga richiesta, pena la violazione degli artt. 46 e 38 Codice dei Contratti Pubblici.

Ai sensi dell'art. 38, comma 2 bis, Codice dei Contratti Pubblici, richiamato dall'art. 46 del medesimo Codice, dispone, per quel che qui interessa, che "La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma

2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, (...). In tal caso, 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 cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara (...).”

Tale norma è il frutto della revisione legislativa dell’istituto del soccorso istruttorio ad opera dell’art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 che, inserendo il riportato comma 2 bis, all’art. 38 del Codice, introduce la possibilità per il concorrente, dietro richiesta della Stazione Appaltante, di sanare l’incompletezza e ogni altra regolarità essenziale della propria documentazione, previo pagamento di una sanzione pecuniaria.

A tal fine al concorrente è assegnato un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l’integrazione delle dichiarazioni carenti e impone l’esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento.

Con la tale novella, il Legislatore ha risolto le incertezze che si erano create intorno al combinato disposto degli artt. 38 e 46 d. lgs. n. 163/2006, sulla procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio, che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive, condizionando, quindi, l’esclusione dalla procedura al mancato adempimento della richiesta di regolarizzazione entro il termine assegnato dalla stazione appaltante.

La norma, pertanto, supera l’orientamento espresso dalla sentenza n. 9 del 2014 dell’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, secondo cui il mancato adempimento di oneri formali richiesti dalla legge a pena di esclusione bastava a determinare l’esclusione dalla gara anche se il concorrente fosse stato in possesso dei requisiti sostanziali, senza che la Stazione Appaltante potesse esercitare alcun soccorso istruttorio analogamente a quanto consentito nel generale procedimento amministrativo (art. 6, co.1, lett. b), l. n. 241 del 1990).

Evidentemente le imprese continuano ad essere oggetto di verifica dell’effettivo possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, onde evitare che vengano affidate delle gare a dei soggetti privi di capacità tecnica ed economica o dei requisiti morali.

La disposizione, infatti, esprime la “chiara volontà del legislatore di evitare (nella fase del controllo delle dichiarazioni e, quindi, dell’ammissione alla gara delle offerte presentate) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni), di imporre un’istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni (prima della valutazione dell’ammissibilità della domanda), e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante)”. (cfr. Cons. St., AP, sent. 30 luglio 2014, n. 16)

La norma è, quindi, espressione della dequotazione degli oneri formali, consentendo la

regolarizzazione della posizione del concorrente nel termine di dieci giorni, valido per tutti i concorrenti.

Tale termine, peraltro, come già riconosciuto dalla citata sent. n. 16/2014, deve essere considerato perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti, (cfr. Cons. St., AP, sent. 25 febbraio 2014, n.10 che si è pronunciata sulla perentorietà del termine previsto all'articolo, 48, comma secondo, Codice Appalti, ma con principio estendibile anche al caso di specie).

Una diversa conclusione, inoltre, determinerebbe la violazione della par condicio dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligenzemente abbia ommesso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori, che, invece, hanno presentato una documentazione ab origine completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della Stazione Appaltante. Altri operatori, infatti, avendo prodotto cauzioni della GBM Finanziaria, hanno ricevuto la stessa richiesta di regolarizzazione, ma vi hanno adempiuto tempestivamente nel termine di dieci giorni, allegando nuove polizze finanziarie.

Consip S.p.A., quindi, una volta rilevato il mancato adempimento alla richiesta istruttoria, ha correttamente escluso il RTI appellante in applicazione degli artt. 38, comma 2 bis e 46 del D. Lgs. n. 163/2006.

[Omissis]

Il commento

Con la pronuncia annotata, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato fa applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2-bis, del D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e costituisce, in tal modo, l'occasione per delineare l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto, partendo dalle origini, rinvenibili nella direttiva 71/305/CEE, fino alla disciplina attuale, *ratione temporis* non applicabile alla fattispecie esaminata, e contenuta nel nuovo Codice degli Appalti, il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Più nel dettaglio, i punti toccati dal Collegio riguardano l'irregolarità della cauzione provvisoria presentata tramite polizza fideiussoria rilasciata da intermediari finanziari non autorizzati dalla Banca d'Italia e la perentorietà del termine di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, del D. lgs. n. 163/2006.

Quanto al primo punto, si rileva la distinzione tra i soggetti iscritti all'Albo unico generale di cui all'art. 106 TUB, non ancora istituito, e gli operatori inseriti nell'elenco generale ex art. 106 TUB (vecchio testo), specificando che, nel periodo transitorio tra il 12 maggio 2015 e il 12 maggio 2016, al fine di garantire un "*ordinato passaggio*" dalla vecchia alla nuova disciplina, i soli abilitati al rilascio di cauzioni provvisorie, sub specie di polizze fideiussorie, sono i soggetti iscritti nell'elenco di cui all'art. 107 TUB e che, in ogni caso, gli stessi devono essere appositamente autorizzati dalla Banca d'Italia.

Con riferimento, invece, alla seconda questione, il presente contributo intende delineare, in via preliminare, il quadro normativo e giurisprudenziale dell'istituto del soccorso istruttorio, anche alla luce del nuovo Codice degli Appalti, soffermandosi, poi, sulle conclusioni raggiunte dal Consiglio di Stato in ordine alla natura del termine di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, del D. lgs. n. 163/2006.

Sommario: 1. La sentenza – 2. I problemi affrontati – 2.1. La cauzione provvisoria e le cause di esclusione – 2.2. La cauzione provvisoria presentata da intermediari non autorizzati dalla Banca d'Italia: i chiarimenti dell'Anac – 2.3. L'istituto del soccorso istruttorio: al confine tra *favor participationis* e *par condicio competitorum*. – 2.3.1. (*Segue*): La perentorietà del termine di cui all'art. 38, comma 2-*bis*, del D. lgs. n. 163/2006. – 2.4. Il soccorso istruttorio nel nuovo codice. - 3. Riflessioni conclusive.

1. La sentenza

La vicenda che ha dato origine alla controversia oggetto della pronuncia annotata concerne l'**esclusione di un concorrente dalla gara** per aver prestato una **cauzione provvisoria, sotto forma di polizza fideiussoria rilasciata da un soggetto iscritto unicamente all'elenco contenuto nell'art. 106 TUB vecchio testo**, in contrasto con quanto previsto dal Disciplinare di gara e dall'art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006.

In proposito, infatti, la Legge di gara, in accordo con quanto stabilito dal richiamato **art. 75 del D. lgs. n. 163/2006**, stabiliva che la **cauzione provvisoria**, a scelta del concorrente, potesse essere prestata "*in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno; mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari*

iscritti nell'Albo di cui all'art. 106 del D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'art. 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58'. In virtù di tale previsione, dunque, i soli soggetti abilitati al rilascio della fideiussione sono gli intermediari finanziari iscritti all'elenco di cui all'art. 107 del D. Lgs. n. 385/1993 e non, invece, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale ex art. 106 D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385[1].

Tanto chiarito con riferimento ai necessari requisiti della cauzione provvisoria *sub specie* di polizza fideiussoria, occorre rilevare che, in sede di verifica delle offerte, la Commissione giudicatrice, ritenendo la garanzia prestata dalla concorrente non regolare a causa della non abilitazione del soggetto erogatore al rilascio della stessa, invitava la concorrente medesima a regolarizzare la propria posizione nel termine di dieci giorni, con applicazione della sanzione pecuniaria ex art. 46, comma 1-ter, del D. Lgs. n. 163/2006.

La concorrente, tuttavia, sollecitava la Commissione alla rimozione in autotutela del provvedimento sanzionatorio e della richiesta di regolarizzazione, e intendeva ottenere una proroga al termine di dieci giorni.

La Commissione, scaduto il predetto termine di dieci giorni, reputava non assolta la regolarizzazione e notificava il provvedimento di esclusione della concorrente dalla gara per aver presentato un cauzione rilasciata da un soggetto iscritto unicamente all'elenco contenuto nell'art. 106 TUB vecchio testo.

Il provvedimento di esclusione veniva impugnato dinanzi al **Tar Lazio, Roma**, e i giudici di primo grado, **con sentenza n. 11259 del 2015**, respingevano il ricorso, ritenendo irregolare la prestazione della cauzione provvisoria mediante polizza fideiussoria rilasciata da un soggetto iscritto unicamente nell'elenco generale di cui all'art. 106 del Testo Unico Bancario vecchio testo, in quanto soggetto non abilitato a tale operazione.

In sede di **appello**, con la pronuncia in commento, la Sezione Quarta del Consiglio di Stato, condividendo il ragionamento giuridico portato avanti dal giudice di prime cure, e, in accordo con l'indirizzo interpretativo della Sezione medesima[2], ha ritenuto che tale irregolarità fosse una delle cause di esclusione legate alla mancata o irrituale produzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 Codice dei Contratti Pubblici, in quanto tale norma "*risponde all'esigenza di garantire, per quanto possibile, la futura esatta esecuzione dei rapporti contrattuali già in una fase che precede la costituzione del vincolo contrattuale*", e fra le ipotesi di esclusione, deve ricomprendersi il caso di "*cauzione prestata da intermediari non iscritti o cancellati dall'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o che non svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie*".

La Sezione ha ulteriormente chiarito che, con riferimento alla proroga richiesta dalla ricorrente per la regolarizzazione dell'offerta, correttamente la Commissione giudicatrice non l'ha concessa, in quanto, ai sensi dell'**art. 38, comma 2-bis, D. lgs. n. 163 del 2006**, richiamato dall'art. 46 del decreto medesimo, "*La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il*

concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara (...)", con assegnazione di 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 cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara (...)".

2. I problemi affrontati

Con la decisione in commento, il Consiglio di Stato si sofferma sull'ipotesi di irrituale presentazione della cauzione provvisoria quale causa di esclusione dalla gara, nonché sull'istituto del soccorso istruttorio a pagamento.

La fattispecie sottoposta al vaglio dei giudici di Palazzo Spada costituisce, dunque, l'occasione per affrontare due ordini di questioni: l'istituto della **cauzione provvisoria**, con particolare riferimento alle **cause di esclusione dalla gara** legate **all'irrituale o mancata prestazione della stessa**, tra cui il caso della polizza fideiussoria rilasciata da soggetto non abilitato; lo strumento del c.d. **soccorso istruttorio**, con l'intento di fornire un quadro dell'evoluzione normativa dello stesso.

2.1. La cauzione provvisoria e le cause di esclusione

La **cauzione provvisoria** costituisce, insieme alla cauzione definitiva, uno strumento di **garanzia**.

A differenza di quest'ultima, tesa ad assicurare la corretta esecuzione dell'appalto, la cauzione provvisoria ha, invece, la funzione di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta^[3].

Ciò premesso, per quel che concerne il quadro normativo di riferimento, il vecchio Codice dei Contratti pubblici, il **D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163**^[4], disciplina(va) la cauzione provvisoria all'**art. 75**.

In particolare, la richiamata disposizione, il cui contenuto è oggi trasfuso, con alcune modifiche^[5], nell'**art. 93** del **D. lgs. n. 50/2016** (*ratione temporis* non applicabile alla controversia oggetto della pronuncia in commento), stabilisce che l'offerta deve essere corredata da una garanzia, "*pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito (...) Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base*", che può avere la forma di una cauzione o di una fideiussione. Nello specifico, poi, con i commi 2 e 3 dell'**art. 75**, il Legislatore precisa che la **cauzione** può essere costituita "*in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice*" (**art. 75, comma 2**,

D. lgs. n. 163/2006) e che la **fideiussione** può essere “*bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58*”. (**art. 75, comma 3, D. lgs. n. 163/2006**).

Infine, l'**art. 75, comma 8, D. lgs. n. 163/2006** stabilisce che l'offerta deve essere altresì corredata, **a pena di esclusione**, dall'impegno del fideiussore di rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto ex art. 113 D. lgs. n. 163/2006, ove l'offerente risulti affidatario.

Ricostruito in breve il quadro normativo di riferimento, anche alla luce del nuovo Codice degli Appalti, appare opportuno, a questo punto, individuare le **vicende legate alla cauzione provvisoria che costituiscono cause di esclusione dalla gara**.

Tuttavia, prima di procedere in tal senso, occorre premettere, in via generale, che, con l'entrata in vigore dell'art. 46, comma 1-bis^[6], D. lgs. n. 163/2006, il Legislatore, attraverso la codificazione del **principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara**, ha inteso dare **prevalenza alla sostanza sulla forma**, garantendo, in tal modo, la partecipazione ai soggetti che, pur avendo i requisiti sostanziali, siano incorsi in vizi formali. Tale operazione di bilanciamento tra semplificazione e partecipazione, da un lato, e parità di trattamento tra i concorrenti, dall'altro, è stata ulteriormente arricchita dall'istituto del **soccorso istruttorio (artt. 38, comma 2-bis, 46, commi 1 e 1-ter, del D. lgs. n. 163/2006)**^[7].

Rinviando al paragrafo 2.3. per un esame più approfondito dell'istituto del soccorso istruttorio, è altresì necessario precisare che, in virtù del citato articolo 46, comma 1-bis, del D. lgs. n. 163/2006, si possono individuare tre ipotesi di cause tassative di esclusione dalla gara: “*mancato adempimento doveroso in capo al concorrente; l'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; la presenza di un plico contenente l'offerta non integro o di altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte*”^[8].

Fermo tale principio, ci si è domandati se lo stesso fosse applicabile anche con riguardo ai vizi relativi alla cauzione provvisoria e, in particolare, all'ipotesi di mancata prestazione della stessa.

Al fine di dare risposta a tale quesito, tanto la giurisprudenza, quanto l'Autorità si sono interrogate sulla natura della cauzione provvisoria e, nello specifico, sulla possibilità di ricomprendere la stessa tra gli elementi essenziali dell'offerta^[9].

Sul punto, le posizioni assunte erano divergenti e si segnala, da una parte, la determinazione dell'Avcp del 10 ottobre 2012, n. 4, con la quale l'Autorità, valorizzando la funzione della cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del D. lgs. n. 163/2006, ha qualificato la medesima in termini di elemento essenziale dell'offerta, con conseguente impossibilità di assoggettare i

relativi vizi al regime del soccorso istruttorio; da un'altra parte, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto di non ricondurre in automatico i vizi della cauzione provvisoria alle ipotesi di esclusione dalla gara, ammettendo la possibilità di una regolarizzazione o integrazione della stessa[10].

Tale contrasto può ritenersi superato per effetto della riscrittura del soccorso istruttorio avvenuta con il D. l. n. 90/2014.

Sul punto il Consiglio di Stato[11] ha individuato alcuni casi di esclusione dalla gara per vizi relativi alla cauzione provvisoria.

In particolare, i giudici di Palazzo Spada fanno riferimento alle seguenti ipotesi: *“mancata presentazione della cauzione provvisoria; a tale situazione è equiparato il caso di chi dichiara genericamente un impegno pro futuro a presentare la cauzione provvisoria, ovvero di chi dichiara di esserne in possesso, senza produrre materialmente la garanzia; produzione di una garanzia che sia del tutto sprovvista degli elementi di cui all'art. 75, comma 4, relativi all'espressa rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, alla rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, co. 2, del codice civile, e all'operatività "a semplice richiesta scritta"; polizza o cauzione sprovvista dell'indicazione del soggetto garantito, che è elemento essenziale ad substantiam del contratto di garanzia; polizza o cauzione non intestata a tutte le imprese associate nel caso di ATI costituenda; cauzione prestata da intermediari non iscritti o cancellati dall'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o che non svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie; polizza o cauzione non sottoscritta dal garante; o priva di sottoscrizione autenticata, espressamente richiesta dalla lex specialis a pena di esclusione; polizza o cauzione materialmente falsa”*.

2.2. La cauzione provvisoria prestata da intermediari non autorizzati dalla banca d'Italia: i chiarimenti dell'Anac.

Come rilevato nel paragrafo precedente, l'ipotesi della **cauzione provvisoria prestata sotto forma di polizza fideiussoria da parte di un soggetto non autorizzato dalla Banca d'Italia** (nel caso di specie, si trattava di una società finanziaria iscritta unicamente nell'elenco generale di cui all'art. 106 del vecchio Testo Unico Bancario per l'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico ma non nella forma tecnica del rilascio di fideiussioni) rientra, secondo un indirizzo della giurisprudenza amministrativa[12] nel cui solco si pone la sentenza in commento, nell'alveo delle **cause di esclusione dalla gara**.

In particolare, ciò che, nell'ipotesi considerata, determina il vizio della cauzione provvisoria è la **mancata abilitazione della società finanziaria, ai sensi del D. M. n. 29 del 2009 e del provvedimento della Banca di Italia del 14 maggio 2009, all'esercizio dell'attività di concessione di finanziamenti nei confronti del pubblico nella forma tecnica del rilascio di fideiussioni**.

Tanto chiarito, appare opportuno dare conto, in proposito, del **Comunicato del Presidente dell'Anac del 1 luglio 2015**[\[13\]](#), con cui l'Autorità ha fornito alcune indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in ordine agli intermediari autorizzati a rilasciare le garanzie a corredo dell'offerta di cui agli artt. 75 (cauzione provvisoria) e 113 (cauzione definitiva) del D. lgs. n. 163/2006 costituite sotto forma di fideiussioni. L'esigenza chiarificatrice è sorta a seguito di segnalazioni di stazioni appaltanti relative al fenomeno[\[14\]](#) della presentazione, da parte degli operatori economici, di garanzie a corredo dell'offerta ex art. 75 e di garanzie definitive ex 113 del D. lgs. n. 163/2006 costituite sotto forma di fideiussione, rilasciate da intermediari non autorizzati.

Ciò premesso, l'Autorità, nell'interpretare l'art. 75 del D. lgs. n. 163/2006, chiarisce che la disposizione richiede, in caso di garanzia costituita sotto forma di fideiussione, che quest'ultima sia bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari finanziari. In particolare, questi ultimi devono essere iscritti nell'albo degli intermediari di cui all'articolo 106 del D. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo Unico Bancario) che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.

L'Autorità precisa altresì che l'istituzione dell'Albo unico degli intermediari di cui al richiamato art. 106 del D. lgs. n. 385/1993[\[15\]](#) non è ancora avvenuta e che dal 12 maggio 2015 al 12 maggio 2016 opera il regime transitorio al fine di garantire un ordinato passaggio dal vecchio al nuovo sistema, con la conseguenza che, nel corso di tale periodo, si applica, per gli intermediari non iscritti all'Albo unico, il vecchio regime in virtù del quale *“gli intermediari abilitati al rilascio delle garanzie previste dal Codice dei Contratti sono soltanto quelli iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del T.U.B. (nella formulazione antecedente alla riforma intervenuta con il D. lgs. n. 169/2012)”*[\[16\]](#).

Pertanto, in virtù di tali considerazioni, l'Anac qualifica come causa di esclusione dalla gara la presentazione di una cauzione provvisoria rilasciata da un soggetto non autorizzato, facendo leva anche sull'interpretazione dell'**art. 75 del D. lgs. n. 163/2006** in termini di norma a contenuto **“immediatamente prescrittivo e vincolante”**, da cui discende che la **presentazione della cauzione provvisoria costituisce un adempimento necessario a pena di esclusione**[\[17\]](#), essendo la medesima *“un elemento essenziale dell'offerta e non un mero elemento di corredo della stessa”*, precisando altresì che: *“il combinato disposto dell'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter del Codice, consente la sanatoria di «ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione provvisoria, a condizione che quest'ultima sia stata già costituita alla data di presentazione dell'offerta e rispetti la previsione di cui all'art. 75, comma 5 del Codice, vale a dire decorra da tale data. Diversamente sarebbe alterata la parità di trattamento tra i concorrenti»”*[\[18\]](#).

2.3. L'istituto del soccorso istruttorio: al confine tra *favor participationis* e *par condicio competitorum*

Nel caso oggetto della pronuncia annotata, il Presidente della Commissione giudicatrice, a seguito della rilevata irritalità della prestazione della cauzione provvisoria, invitava la ricorrente a regolarizzare la propria posizione nel termine di dieci giorni e con applicazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 46, comma 1-*ter*, del D. lgs. n. 163/2006.

Trattasi, in tutta evidenza, del ricorso all'istituto del cosiddetto **soccorso istruttorio**.

Tale strumento, derivante dalla **direttiva 71/305/CEE**, il cui art. 27 prevedeva che l'amministrazione aggiudicatrice avesse il potere di: *"invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli"*, rappresenta il punto di incontro tra il principio della *par condicio competitorum* e il principio del *favor participationis*.

Tanto premesso, occorre rilevare che la **disciplina del soccorso istruttorio, per le fattispecie antecedenti all'entrata in vigore del nuovo Codice degli Appalti, il D. lgs. n. 50/2016**[\[19\]](#), è rinvenibile nell'**art. 46 del D. lgs. n. 163/2006**, come modificato dal D. L. 13 maggio 2011, n. 70, che ha introdotto il **comma 1-bis** allo stesso art. 46, e dal D. L. 24 giugno 2014, n. 90, che, invece, ha aggiunto il **comma 2-bis** all'**art. 38 del D. lgs. n. 163/2006** e il **comma 1-ter** al già richiamato articolo **46**.

Così delineato il quadro normativo applicabile, nella sentenza annotata, il Consiglio di Stato chiarisce che: *"La regolarizzazione "a pagamento" prevista dall'art. 38, comma 2 bis, del d.lgs. n. 163/2006, nel caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, è il frutto della revisione legislativa dell'istituto del soccorso istruttorio ad opera dell'art. 39 del d.l. n. 90/2014 che, inserendo il citato comma 2 bis, all'art. 38 del richiamato d.lgs. n. 163/2006, introduce la possibilità per il concorrente, dietro richiesta della Stazione appaltante, di sanare l'incompletezza e ogni altra regolarità essenziale della propria documentazione, previo pagamento di una sanzione pecuniaria"*. In tal modo, dunque, i giudici di Palazzo Spada fanno applicazione del **soccorso istruttorio 'a pagamento'**, risultante dal combinato disposto degli **artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D. lgs.n. 163/2006**.

Con tale strumento, si intende, dunque, garantire la sanabilità di qualsiasi irregolarità, carenza, omissione essenziale della documentazione, nell'ottica della prevalenza della sostanza sulla forma[\[20\]](#). Al contempo, si supera il precedente orientamento giurisprudenziale a mente del quale, pur dovendosi qualificare il soccorso istruttorio come *"doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione"*, il medesimo avrebbe dovuto essere applicato in casi limitati, in virtù della *par condicio* tra i concorrenti, nonché dell'esigenza di non contravvenire al divieto di disapplicazione della *lex specialis* di gara, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa[\[21\]](#).

Tanto osservato, appare opportuno chiarire che, sebbene le modifiche apportate dal D. l. n. 90/2014 all'istituto del soccorso istruttorio abbiano contribuito alla procedimentalizzazione dello stesso, alla deflazione del contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici[\[22\]](#) ed anche ad evitare che vengano adottati, in fase di controllo delle dichiarazioni, provvedimenti di esclusione giustificati da mere carenze documentali[\[23\]](#), le stesse hanno determinato alcune

difficoltà interpretative in ordine alla distinzione tra irregolarità essenziali, soggette alla disciplina del soccorso istruttorio (con conseguente applicazione della sanzione pecuniaria in caso di mancata regolarizzazione nel termine di dieci giorni) e irregolarità non essenziali^[24].

Sul punto, si segnala la **Determinazione dell'Anac, 8 gennaio 2015, n. 1**, con cui l'Autorità ha indicato i “**Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell’art. 38, comma 2-bis e dell’art. 46, comma 1-ter del D. Lgs. 12 .04. 2006, n. 163**”.

In particolare, l'Anac, nel chiarire che il regime delineato dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D. Lgs. n. 163/2006 si applica soltanto alle procedure di affidamento indette in un momento successivo all'entrata in vigore del decreto legge, precisa che le richiamate disposizioni sono tese al superamento delle criticità previgenti tramite “*la configurazione dell’esclusione dalla gara come sanzione unicamente legittimata dall’omessa produzione, integrazione, regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie)*”. L'Autorità reputa dunque necessario risolvere i dubbi interpretativi relativi alla qualificazione come essenziali o meno “*delle irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive*”, nonché individuare le dichiarazioni non indispensabili, con l'obiettivo di garantire anche l'analisi della “*correttezza dei provvedimenti che la stazione appaltante dovrà assumere in gara, in ordine alla possibilità per il concorrente di regolarizzare le stesse nonché di evitare o meno l’applicazione della sanzione pecuniaria prescritta dall’art. 38, comma 2-bis, sia sulla corretta individuazione di tutte quelle cause tassative di esclusione strettamente connesse al contenuto dell’offerta ovvero alla segretezza della stessa, in presenza delle quali, in ossequio al principio di parità di trattamento e di perentorietà del termine di presentazione dell’offerta, non si ritiene possa essere ammessa alcuna integrazione e/o regolarizzazione*”.

L'Anac individua, quindi, tre differenti tipologie di irregolarità e, in particolare: 1) le **irregolarità essenziali**, in presenza delle quali la Stazione appaltante invita l'impresa alla **regolarizzazione nel termine perentorio di dieci giorni e al pagamento della sanzione pecuniaria**; 2) la **mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili (irregolarità non essenziali)**, per le quali non è prevista la regolarizzazione e la relativa sanzione pecuniaria; 3) le **irregolarità non essenziali relative ad elementi indispensabili**, in relazione alle quali è possibile il ricorso al **soccorso istruttorio, senza il pagamento della sanzione pecuniaria**.

Tracciate brevemente le differenze tra le tre categorie di irregolarità, si deve osservare che la **principale novità** apportata alla disciplina del **soccorso istruttorio** dalla **novella del 2014, come rilevato anche nella pronuncia in commento**, attiene al superamento dei principi espressi dalla giurisprudenza amministrativa in materia di soccorso istruttorio^[25].

Con l'aggiunta del comma 1-ter all'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006, infatti, il Legislatore ha dato prevalenza al principio, di matrice comunitaria, del *favor participationis*. La previsione della sanabilità di qualsiasi carenza, omissione o irregolarità essenziale, con il solo limite dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa e del principio di segretezza delle offerte, porta al superamento del limite dell'integrazione e della regolarizzazione della sola documentazione già prodotta, ferma

restando la necessità che i requisiti o le condizioni necessarie per la partecipazione siano già presenti alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, pena la violazione del principio della *par condicio competitorum*.

Inoltre, è altresì necessario osservare come il **comma 1-ter dell'art. 46** debba essere **interpretato unitamente al comma 1-bis del medesimo articolo**, relativo al principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara.

In particolare, il **richiamo all'art. 38, comma 2-bis, contenuto nel comma 1-ter dell'art. 46** e per il quale il meccanismo dello stesso comma 2-bis dell'art. 38 può essere applicato ad **ogni ipotesi di incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni**, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla *legge, al bando o al disciplinare di gara, produce notevoli conseguenze in materia di esclusione dalla gara, dal momento che, anche in presenza di irregolarità essenziali, la Stazione appaltante non potrà adottare in via diretta il provvedimento di esclusione, come in passato, ma sarà tenuta ad attivare la procedura del soccorso istruttorio.*

2.3.1. (Segue): La perentorietà del termine di cui all'art. 38, comma 2-bis, del d. lgs. n. 163/2006.

Con riferimento al **termine di dieci giorni** previsto dall'**art. 38, comma 2-bis**, del D. lgs. n. 163/2006, per la regolarizzazione 'a pagamento', la decisione annotata sancisce la **natura perentoria** dello stesso.

La Quarta Sezione del Consiglio di Stato giustifica la propria conclusione valorizzando, in primo luogo, il principio della ***par condicio competitorum***, ritenendo di non poter “premiare” la condotta negligente di chi, anche a seguito di soccorso istruttorio, ometta di allegare la richiesta documentazione, a discapito degli operatori che hanno fornito dall'inizio una documentazione completa e regolare o che si siano immediatamente conformati alle richieste della Stazione appaltante, e ritenendo che, in ogni caso, **“ogni dilazione ulteriore rispetto a quello consentita dalla legge”** comporterebbe un vulnus al celere svolgimento della procedura, soggetta, in tal modo, all'inerzia dei concorrenti.

Le conclusioni della Quarta Sezione del Consiglio di Stato sono in linea tanto con la pronuncia n. **16/2014 dell'Adunanza Plenaria** dello stesso Consiglio di Stato che considera **perentorio il termine di cui all'art. 38, comma 2-bis, del D. lgs. n. 163/2006**, quanto con la **sentenza del 25 febbraio 2014, n. 10** della stessa **Adunanza Plenaria**, con la quale il massimo Consesso della giustizia amministrativa, pronunciandosi sulla natura di un altro termine, vale a dire quello ex art. 48, comma 2, del D. lgs. n. 163/2006, ne ha sancito la perentorietà, articolando una serie di considerazioni valide anche per il caso considerato nella decisione annotata.

In particolare, i Giudici amministrativi hanno ritenuto di dover desumere la **natura perentoria del termine di cui all'art. 48, comma 2, del D. lgs. n. 163/2006** dalla **ratio della norma**[\[26\]](#), come accade per il termine previsto dal precedente comma 1 dello stesso art. 48. Tanto la

fase disciplinata dal comma 1, quanto la fase prevista dal comma 2, sono, infatti, caratterizzate dalla medesima **esigenza di celerità e certezza**, ragion per cui è ragionevole affermare che i relativi adempimenti^[27] debbano essere eseguiti entro un termine da ritenersi perentorio. Diversamente argomentando, la certezza del procedimento verrebbe meno, essendo lo stesso subordinato all'inerzia dei concorrenti. Ciò a maggior ragione se si rileva che l'adempimento della verifica del possesso dei requisiti dell'aggiudicatario, e del secondo classificato, inserito, dall'art. 48, comma 2, nella fase conclusiva del procedimento, costituisce un adempimento essenziale per la definizione del procedimento medesimo, incidendo lo stesso *“sull'esito operativo della procedura condizionando l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, con il controllo dell'affidabilità tecnico – economica anzitutto dell'aggiudicatario, e l'accertamento, di conseguenza, della possibilità di stipulare o meno il contratto”*. In aggiunta a tanto, deve anche osservarsi che il mancato adempimento alla richiesta della Stazione appaltante comporta l'applicazione di sanzioni automatiche.

La **Quarta Sezione del Consiglio di Stato** ha, dunque, fatto applicazione del **principio espresso dall'Adunanza Plenaria, nella richiamata pronuncia n. 10/2014**, concludendo per la **perentorietà del termine ex art. 38, comma 2-bis**, partendo dalla ratio della norma in esame.

Nell'ottica del legislatore del 2014, infatti, la procedura del soccorso istruttorio, temporalmente scandita, è tesa a garantire una celere valutazione della Stazione appaltante in ordine alla regolarizzazione della documentazione, mediante un'istruttoria veloce e prima della fase relativa alla verifica dell'ammissibilità dell'offerta. In tal senso, dunque, il termine previsto dall'art. 38, comma 2-bis, del D. lgs.n. 163/2006 deve necessariamente intendersi come termine perentorio, non potendo la procedura di affidamento essere *“irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti”*.

2.4. Il soccorso istruttorio nel nuovo codice

La pronuncia in esame costituisce l'occasione per effettuare alcune brevi considerazioni in ordine all'istituto del **soccorso istruttorio** come disciplinato dal **nuovo Codice (D. lgs. n. 50/2016)**. La norma di riferimento per l'istituto in questione è costituita dall'**art. 83^[28], comma 9^[29]**

La richiamata disposizione stabilisce che **le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda** possono essere **sanate attraverso la procedura del soccorso istruttorio**. In particolare, la norma fa riferimento alla **mancaza, all'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e della documentazione**, all'interno della quale inserisce anche il **documento di gara unico europeo^[30]** disciplinato dall'**art. 85**. Si escludono, invece, le carenze relative all'offerta tecnica ed economica.

Il medesimo comma 9 stabilisce che il **concorrente è obbligato al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria^[31]** stabilita dal bando di gara e la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, per

rendere, integrare o regolarizzare le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere; occorre specificare che, unitamente alle suddette integrazioni, il concorrente deve presentare il documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione e che **la sanzione è dovuta soltanto in caso di regolarizzazione**[\[32\]](#).

Il Legislatore fa, poi, riferimento alle **irregolarità formali**, alla **mancaza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali**, per le quali si prevede **la procedura di regolarizzazione senza applicazione di alcuna sanzione**. Ove decorra il termine assegnato per la regolarizzazione, senza che il concorrente adempia all'obbligo di regolarizzazione, lo stesso è escluso dalla gara.

La disposizione in esame, inoltre, chiarisce che cosa debba intendersi per **irregolarità essenziali non sanabili**, precisando che le stesse vengono in rilievo in presenza di **carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa**.

Dall'esame del citato art. 83, comma 9, è possibile rilevare il permanere del **soccorso istruttorio 'a pagamento'**, pur avendo precisato il Legislatore che la sanzione pecuniaria deve essere pagata **soltanto in caso di regolarizzazione**. Il Consiglio di Stato, in sede di esame dello schema di nuovo codice, aveva, invero, manifestato alcuni dubbi sulla conformità dell'istituto del soccorso istruttorio a pagamento con quanto previsto dalla Legge delega n. 11/2016 che, all'art. 1, comma 1, lett. z), prevede forme di *“integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento formale della domanda”*, suggerendo, pertanto, di prevedere *“due sole fattispecie alternative: le carenze formali sanabili (non onerosamente) e le lacune essenziali, non sanabili, attraverso il soccorso istruttorio, nemmeno previo il pagamento di una sanzione pecuniaria”*[\[33\]](#).

3. Riflessioni conclusive

Nella sentenza annotata, con l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio 'a pagamento', da attuazione al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, garantendo, così, la massima partecipazione dei concorrenti alla gara, secondo quanto sancito sia dalla giurisprudenza amministrativa che dall'Anac.

Si osserva, inoltre, che vengono, in ogni caso, in rilievo le esigenze di certezza e celerità insite nella procedura di affidamento, nonché la necessità di tutelare, in ogni caso, il principio della *par condicio competitorum*.

Il *favor participationis*, infatti, non può giustificare ulteriori dilazioni temporali nell'operazione di regolarizzazione della documentazione rispetto a quelle previste dalla legge, essendo sempre necessario che i concorrenti facciano appello, oltre che alle facoltà accordate dalla legge medesima, al principio di auto – responsabilità.

In tal senso, la perentorietà del termine previsto dall'art. 38, comma 2-*bis*, del D. lgs. n. 163/2006 garantisce che i concorrenti diligenti nella presentazione o nella successiva integrazione della documentazione non siano pregiudicati da coloro che non abbiano osservato il suddetto termine e non ammette, dunque, alcuna proroga al termine medesimo.

[1] Ciò anche in conseguenza delle modifiche apportate all'art. 106 del D. Lgs. n. 385/1993 ad opera del D. Lgs. n. 141/2010.

[2] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 6088.

[3] Così Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4733; *id*, Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302. In particolare, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato afferma che la cauzione provvisoria si pone anche come “*garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa alle gare pubbliche*”.

[4] In data 19 Aprile 2016 è entrato in vigore il nuovo Codice degli Appalti – D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 – che ha dato attuazione alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

[5] In particolare, l'art. 93 D. lgs. n. 50/2016 qualifica la garanzia fideiussoria posta a corredo dell'offerta come "garanzia provvisoria" e stabilisce che la medesima, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, può essere motivatamente ridotta dalla stazione appaltante sino all'uno per cento, ovvero incrementata sino al quattro per cento, "*al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso*". Il comma 3 della disposizione in esame, inoltre, prevede che la garanzia fideiussoria di cui al comma 1, oltre che dagli intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'art. 106 del D. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta all'albo di cui all'art. 161 del D. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, può essere rilasciata anche da imprese bancarie o assicurative solvibili secondo le leggi che ne disciplinano le relative attività.

[6] Comma introdotto dall'art.4, comma 2, lett. d) del D. L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106.

[7] Un'ulteriore previsione tesa alla tipizzazione delle cause di esclusione e alla riduzione del potere discrezionale della stazione appaltante è anche quella che commina la nullità delle clausole di gara che prevedono adempimenti non inclusi nelle ipotesi tipiche e la cui inosservanza sia sanzionata con l'esclusione dalla gara. In proposito, cfr. *Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 "Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis del Codice dei contratti pubblici"*, ANAC, *parere del 28 ottobre 2014, n. 78*.

[8] Cfr. Anac, Parere di precontenzioso del 26 novembre 2014, n. 9.

[9] Cfr. Anac, Parere n. 9/2014.

[10] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 05 dicembre 2013, n. 5781; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III Ter, 10 giugno 2015, n. 8143.

[11] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 6088/2013.

[12] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 6088/2013.

[13] Integrato dai successivi Comunicati del Presidente del 21 ottobre 2015 e del 17 novembre 2015.

[14] Cfr. Anac, Determinazione del 29 luglio 2014, n. 1.

[15] Previsto per effetto della modifica apportata al T.U.B. dall'art. 28, comma 1, del D. lgs. 19 settembre 2012 n. 169.

[16] Cfr. Anac, Comunicato del Presidente del 1 luglio 2015.

[17] Cfr. Avcp, Determinazione n. 4/2012; Anac, Parere del 28 ottobre 2015, n. 183,

con il quale si afferma che: *“non è legittima l’ammissione alla gara e la successiva aggiudicazione della stessa (...) a motivo della produzione di una cauzione provvisoria con modalità non consentite ovvero rilasciata da intermediario finanziario iscritto nell’Elenco generale di cui all’art. 106 TUB (nella formulazione anteriore alla novella di cui al d.lgs. n.141/2010) in violazione delle prescrizioni dell’art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 ai sensi della previgente normativa applicabile nella fase transitoria di attuazione del d.lgs. n. 141/2010”*. Si precisa, inoltre, che l’Avcp, in questo caso, non ha neppure ritenuto applicabile *ratione temporis* la disciplina del soccorso istruttorio introdotta a seguito della modifica apportata agli articoli 38 e 46 del d. lgs. n. 163/2006 dal d. l. 24 giugno 2014, n. 90, in quanto il bando era stato pubblicato in data antecedente rispetto all’entrata in vigore della novella.

[\[18\]](#) Cfr. Anac, Determinazione del 08 Gennaio 2015, n. 1.

[\[19\]](#) Nel nuovo Codice degli Appalti (D. lgs. n. 50/2016), l’istituto del soccorso istruttorio è disciplinato dall’art. 83, comma 9, per la cui analisi si rinvia al paragrafo 2.4.

[\[20\]](#) In tal senso, operava già il comma 1-*bis* dell’art. 46 del D. lgs. n. 163/2006, con il quale è stato introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione.

[\[21\]](#) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

[\[22\]](#) Si osserva, infatti, come una cospicua parte delle controversie inerenti gli appalti pubblici riguardi la fase di ammissione ed esclusione dalla gara.

[23] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2014, n.16.

[24] Cfr. *Ibidem*.

[25] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2014; Cons. Stato, Sez. III, 24 giugno 2014, n. 3198.

[26] Secondo quanto costantemente stabilito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2011, n. 6051), l'art. 152 c.p.c., a mente del quale i termini sono ordinatori, fatta eccezione per quelli espressamente previsti dalla legge come perentori, vale soltanto per i termini processuali e non, invece, per i termini propri del procedimento amministrativo, il cui carattere perentorio o meno deve essere ricavato in virtù della loro ratio.

[27] L'art. 48, comma 1, del D. lgs. n. 163/2006 prevede che le stazioni appaltanti, prima dell'apertura delle buste delle offerte, richiedano agli offerenti sorteggiati di comprovare, nel termine di dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa, presentando la relativa documentazione. Il successivo comma 2 stabilisce che la richiesta di cui al comma 1 deve essere inoltrata, nel termine di dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente secondo classificato, ove non ricompresi tra i concorrenti sorteggiati. Qualora gli stessi non dovessero fornire la prova, si applicano le sanzioni previste al comma 1.

[28] La norma in generale recepisce le previsioni di cui all'art. 58 della Direttiva 2014/24/UE, in virtù del quale: "*Elementi essenziali di una procedura di appalto quali i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte*

dovrebbero sempre essere in forma scritta, tuttavia la comunicazione orale con operatori economici dovrebbe d'altro canto rimanere possibile purché il suo contenuto sia sufficientemente documentato. Ciò è necessario per assicurare un adeguato livello di trasparenza che consenta di verificare se sia stato rispettato il principio della parità di trattamento. In particolare, è essenziale che le comunicazioni orali con offerenti, che potrebbero incidere sul contenuto e la valutazione delle offerte, siano documentate in misura sufficiente e con mezzi appropriati, quali registrazioni scritte o audiovisive o sunti dei principali elementi della comunicazione”.

[\[29\]](#) Il Consiglio di Stato, con il Parere del 01 aprile 2016, n. 855 aveva prospettato l'eventualità di dedicare alla disciplina del soccorso istruttorio un articolo apposito, stante l'incidenza della stessa sul *“corretto svolgimento della procedura, mediante un equilibrato bilanciamento tra i principi di massima partecipazione, semplificazione, par condicio e tutela della concorrenza”*.

[\[30\]](#) Il Consiglio di Stato, nel Parere n. 855/2016, ha ritenuto non corretto il riferimento contenuto nell'art. 83, comma 9, al DGUE, dal momento che la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 prende in considerazione le lacune relative alla 'domanda'.

[\[31\]](#) L'ammontare della sanzione pecuniaria deve essere compreso tra l'uno per mille e l'uno per cento del valore di gara e, in ogni caso, non può essere superiore a Euro5.000, in luogo dei precedenti Euro50.000.

[\[32\]](#) L'art. 1, comma 1, lett. z), della Legge delega per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, 28 gennaio 2016, n. 11 prevede la riduzione degli oneri documentali ed economici a carico dei soggetti partecipanti, con attribuzione a questi ultimi della piena possibilità di integrazione documentale non onerosa di qualsiasi elemento di natura formale della domanda, purché non attenga agli elementi oggetto di valutazioni sul merito dell'offerta.

[\[33\]](#)

Cfr. Parere n. 855/2016