

Nuovo rito “super-accelerato”: la nuova disciplina processuale si applica anche agli appalti in corso, purché il giudizio sia stato instaurato dopo l’entrata in vigore del nuovo codice

di Marco Gentile

Data di pubblicazione: 19-10-2016

La norma di cui al comma 6-bis anzidetto trova, ad avviso del Collegio, applicazione al giudizio pendente, **trattandosi di disposizione processuale (in quanto tale, immediatamente operante)** entrata in vigore anteriormente alla proposizione del ricorso. Se è ben vero che la gara è stata antecedentemente indetta e si è svolta sulla base della disciplina dettata dal (previgente) D.Lgs. 163/2006, tale circostanza non rileva ai fini della immediata applicabilità del regime processuale riveniente dal combinato disposto dei commi 2-bis e 6-bis dell’art. 120 c.p.a.: il quale non può non trovare attuale operatività in presenza di controversia sottoposta al sindacato giurisdizionale sotto la vigenza delle neo-introdotte disposizioni modificative dell’originario testo dello stesso art. 120.. (1)

(1) Difforme: TAR Toscana, Sez. I, n. 1415/2016

Conforme: non si rinvencono precedenti conformi

Guida alla lettura

La sentenza in commento è di particolare interesse nella parte in cui afferma l’applicabilità del nuovo art. 120 d.lgs. 50/2016 ai giudizi relativi a gare per le quali la pubblicazione del bando sia intervenuta prima dell’entrata in vigore del suddetto decreto legislativo (come nella fattispecie segnalata), in ragione della natura processuale delle norme introdotte dall’art. 204, comma 1, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. L’interesse della pronuncia è poi tanto più evidente, ove si consideri che sul punto si profilano già contrasti giurisprudenziali (cfr., in senso contrario, TAR Toscana, Sez. I, sentenza n. 1415/2016), che inducono a impugnazioni tuzioristiche, volte ad evitare decadenze dall’impugnazione delle ammissioni delle esclusioni decise in base al vecchio codice (in applicazione del nuovo termine di trenta giorni decorrenti dalla pubblicazione delle relative decisioni: per la quale difetta, tuttavia, una disposizione

vincolante per le stazioni appaltanti).

Quanto al primo indirizzo, secondo la tesi sostenuta dal TAR Calabria, in casi come quello trattato non potrebbe essere a priori esclusa l'applicazione del novellato art. 120 c.p.a., perché trattasi *“di disposizione processuale (in quanto tale, immediatamente operante)”*.

Ad avviso del Collegio, lo svolgimento della gara in periodo antecedente l'entrata in vigore del d.lgs 50/2016 non osterebbe all'immediata applicazione del regime processuale di cui al novellato art. 120 c.p.a., in presenza di controversia sottoposta a sindacato giurisdizionale in un momento successivo all'entrata in vigore del nuovo testo. L'applicazione delle normativa processuale sopravvenuta sarebbe dunque *“slegata”* dall'entrata in vigore delle norme sostanziali che il processo è volto ad attuare (in applicazione del principio generale di cui all'art. 5 c.p.c., ritenuto evidentemente prevalente sulle disposizioni transitorie del nuovo codice).

Diversamente, il TAR Toscana, con pronunzia coeva a quella in rassegna, ha ritenuto che la disciplina transitoria dettata dal nuovo codice debba prevalere sull'art. 5 c.p.c., in quanto norma successiva di pari rango (cfr. l'art. 15 delle disp. sulla legge in generale). Il TAR fiorentino ha dunque attribuito carattere dirimente all'art. 216, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016 (disposizioni transitorie e di coordinamento), per ragioni afferenti sia al suo contenuto letterale che al dato sistematico:

a) *“quanto alle prime, la mera lettura dell'art. 216 del Codice dei contratti pubblici che non contiene alcuna eccezione riferibile all'art. 204, induce a ritenere che non vi siano deroghe al criterio generale che stabilisce l'entrata in vigore del nuovo rito rendendolo applicabile solo alle “procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore”;*

b) *“quanto alle seconde, pare evidente, dal testuale riferimento contenuto ad altre disposizioni del Codice, segnatamente l'art. 29, co. 1, l'impossibilità di dare immediata applicazione al nuovo rito in prevenzione”.*

L'auspicio è quello per cui non si debba attendere, anche su profili così delicati e strategici, un intervento dell'Adunanza Plenaria per poter conoscere l'approdo definitivo cui la giurisprudenza vorrà pervenire sul punto.

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 523 del 2016, proposto da Steelconcrete Consorzio Stabile, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Rusconi e Giorgio Vizzari, presso lo studio di quest'ultimo elettivamente domiciliato, in Reggio Calabria, alla via Rausei n. 38

contro

A.N.A.S. S.p.a. – Roma

A.N.A.S. S.p.A., Compartimento di Catanzaro – Sezione Staccata di Reggio Calabria

A.N.A.S. S.p.A., Compartimento di Catanzaro

in persona dei rispettivi legali rappresentanti, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. CDG-0063493-P del 1° giugno 2016, con il quale A.N.A.S. ha escluso il R.T.I. composto dal Consorzio stabile ricorrente (capogruppo) con Unirock s.r.l. (mandante) e Odos Consorzio Stabile (mandante) dalla gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria dell'Autostrada esistente dal km. 433+765 al km. 422+075 tra lo svincolo di Capo Calabro (escluso) a Capo Santa Caterina (incluso), intervento inserito fra le infrastrutture strategiche di cui alla delibera CIPE n. 21 del 21 dicembre 2001, in conformità a quanto previsto dalla legge 443/2001 (c.d. legge obiettivo) da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- del silenzio serbato da A.N.A.S. sul preavviso di ricorso;
- della lettera di invito, ove interpretata nei sensi divisati dalla Commissione di gara e dall'Amministrazione aggiudicatrice;
- della comunicazione prot. CGD-0072379-P del 24 giugno 2016;
- di tutti i verbali di gara;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2016 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Espone il ricorrente Consorzio di aver presentato istanza di partecipazione alla gara descritta in epigrafe, indetta con bando del 9 luglio 2015 da A.N.A.S.

La Commissione di gara deliberava l'esclusione della parte ricorrente nel corso della seduta del 30 maggio 2016, in quanto:

- la garanzia provvisoria sarebbe stata presentata da intermediario finanziario – GBM FINANZIARIA S.p.A. – inserita nell'elenco tenuto dalla Banca d'Italia dei soggetti non abilitati a prestare garanzie nei confronti del pubblico;

- la cauzione sarebbe stata resa in assenza di forma legalizzata attestante i poteri necessari di firma, nonché l'identità del soggetto che impegna l'ente garante.

Il preavviso di ricorso inoltrato dalla ricorrente in data 23 giugno 2016 non ha avuto alcun esito.

La Stazione appaltante, peraltro, ha chiesto il rilascio, entro il 30 giugno 2016, di una dichiarazione della Banca d'Italia attestante l'idoneità di GBM FINANZIARIA al rilascio delle fidejussioni nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Questi i motivi articolati con il presente mezzo di tutela avverso l'impugnata esclusione dall'anzidetta procedura selettiva:

1) Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari che disciplinano le procedure ad evidenza pubblica. Violazione e falsa applicazione della legge di gara, nonché dei principi che disciplinano i "chiarimenti" della Stazione appaltante. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. 163/2006

Evidenzia parte ricorrente che GBM FINANZIARIA è iscritta, dal 13 maggio 2016, al n. 72 dell'Albo ed elenco di vigilanza presso la Banca d'Italia – come da visura allegata – ed è autorizzata a proseguire l'attività di concessione di finanziamenti ai sensi dell'art. 10 del D.Lgs. 141/2010.

Sostiene, poi, che il provvedimento di esclusione avversato si ponga in contrasto con la disciplina del "soccorso istruttorio", di cui all'art. 38, comma 2-bis, del D.Lgs. 163/2006.

In luogo di provvedere direttamente all'esclusione dalla gara, la Stazione appaltante avrebbe dovuto assegnare alla concorrente un termine finalizzato alla regolarizzazione degli elementi e/o delle dichiarazioni rilevati inidonei.

2) Violazione e falsa applicazione dei principi comunitari che disciplinano le procedure ad evidenza pubblica. Violazione e falsa applicazione della legge di gara. Violazione del principio

di tassatività delle cause di esclusione, di cui all'art. 46, comma 1-bis, del D.Lgs. 163/2006.

Anche sotto tale profilo parte ricorrente – confutata la configurabilità del vizio relativo alla legalizzazione della sottoscrizione della cauzione quale causa di esclusione – sostiene che la S.A. avrebbe dovuto concedere un termine per la regolarizzazione, in luogo di procedere all'esclusione dalla procedura selettiva.

Conclude insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

Sollecita ulteriormente parte ricorrente la reintegrazione in forma specifica, mediante annullamento dell'avversato provvedimento di esclusione e riammissione alla procedura settiva de qua; in subordine, chiedendo il riconoscimento del pregiudizio asseritamente sofferto a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato per equivalente monetario.

L'Amministrazione, ancorché ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione del merito della controversia alla Camera di Consiglio del 20 luglio 2016, ai sensi dell'art. 120, comma 6-bis, c.p.a. (aggiunto dall'art. 204, comma 1, lett. d), del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50).

Tale disposizione, appare opportuno rammentarlo, stabilisce che *“nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente”*.

Che, quanto alla controversia in esame, si versi in fattispecie contemplata al comma 2-bis dello stesso art. 120 (*“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato ...”*) non è, invero, controvertibile, atteso che la determinazione come sopra gravata ha disposto l'esclusione dalla gara in epigrafe specificata del R.T.I. composto dal Consorzio stabile ricorrente (capogruppo) con Unirock s.r.l. (mandante) e Odos Consorzio Stabile (mandante).

Ciò posto, la norma di cui al comma 6-bis anzidetto trova, ad avviso del Collegio, applicazione al giudizio pendente, trattandosi di disposizione processuale (in quanto tale, immediatamente operante) entrata in vigore anteriormente alla proposizione del ricorso.

Se è ben vero che la gara è stata antecedentemente indetta e si è svolta sulla base della disciplina dettata dal (previgente) D.Lgs. 163/2006, tale circostanza non rileva ai fini della immediata applicabilità del regime processuale riveniente dal combinato disposto dei commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a.: il quale non può non trovare attuale operatività in presenza di controversia sottoposta al sindacato giurisdizionale sotto la vigenza delle neo-introdotte disposizioni modificative dell'originario testo dello stesso art. 120.

Quanto sopra preliminarmente osservato, rileva il Collegio come le notificazioni dell'atto introduttivo del giudizio (dalla parte ricorrente correttamente effettuate nei soli confronti di

A.N.A.S. S.p.A., Stazione Appaltante: nei giudizi avverso l'esclusione da pubbliche procedure selettive per l'affidamento di contratti pubblici non essendo dato rinvenire la presenza di altre parti necessarie, in quanto tali suscettibili, a pena di inammissibilità del gravame, di evocazione nella sede processuale) si sia perfezionata alla data del 4 luglio 2016, come comprovato dalla documentazione relativa all'acquisizione dell'atto introduttivo al protocollo di A.N.A.S., dalla parte ricorrente versata in atti.

Conseguentemente, il termine per la costituzione in giudizio delle parti diverse dal ricorrente (indicato dalla parte iniziale del comma 6-bis dell'art. 120, ai fini dell'individuazione della decorrenza del termine per la celebrazione della Camera di Consiglio per la definizione della controversia), dimidiato ai sensi del comma 2 dell'art. 119, richiamato dal comma 3 del precitato art. 120, viene ad avere scadenza alla data del 19 luglio 2016: di talché l'odierna udienza camerale appieno viene a porsi all'interno del termine (*"il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente"*) fissato dal comma 6-bis dell'art. 120.

Chiarita, sotto il profilo della compatibilità con le applicabili disposizioni processuali, l'immediata definibilità del presente giudizio – portato all'odierna Camera di Consiglio ai fini della deliberazione della proposta istanza cautelare – nel merito, e precisato come le parti presenti sono state al riguardo informate, il ricorso si rivela fondato.

Giova osservare, ad integrazione di quanto precedentemente riportato, che il provvedimento di esclusione nella fattispecie gravato reca una duplice argomentazione motivazionale, fondata:

- sulla circostanza che *"la garanzia provvisoria allegata alla documentazione amministrativa è stata presentata da un intermediario finanziario, la cui denominazione è GBM FINANZIARIA S.p.A., con sede in via Savoia n. 84, Roma, che risulta indicato nell'elenco tenuto dalla Banca d'Italia di soggetti 'non abilitati a prestare garanzie nei confronti del pubblico'";*

- e sull'ulteriore rilievo, per cui *"la cauzione ... contravvenendo a quanto prescritto nella lettera di invito, è stata resa in assenza di firma legalizzata ai sensi degli artt. 1, lett. l) e 30 del D.P.R. 445/2000 ... da notaio (o pubblico ufficiale), che attesti il possesso dei necessari poteri di firma, nonché l'identità del soggetto che impegna l'ente garante"*.

L'esclusione all'esame del Collegio si manifesta illegittima per violazione della disciplina in tema di tassatività delle cause di esclusione, nonché di quella regolante il c.d. *"soccorso istruttorio"*.

Occorre ricordare che, nelle gare interamente disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria (sent. 25 febbraio 2014 n. 9), ha chiarito che *"sono legittime ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali"*.

Correlativamente, con riguardo al c.d. “*soccorso istruttorio*”, tale potere “*sostanzandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti – non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali*”.

Tale assetto deve peraltro coordinarsi con le modifiche successivamente apportate dall'art. 39 del decreto legge 90/2014 (convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014 n. 114), il quale, per le procedure bandite dopo la sua entrata in vigore, ha inserito un comma 2-bis nell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, introducendo una sanzione pecuniaria per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive, ed obbligando quindi la stazione appaltante ad assegnare al concorrente un termine non superiore a dieci giorni per la produzione o l'integrazione delle dichiarazioni carenti.

Tali disposizioni, imponendo l'esclusione nel solo caso di inosservanza di tale ultimo adempimento, risultano finalizzate a superare le incertezze interpretative e applicative del combinato disposto degli artt. 38 e 46 del D.Lgs 163, mediante la procedimentalizzazione del potere di soccorso istruttorio (che diventa doveroso per ogni ipotesi di mancanza o di irregolarità delle dichiarazioni sostitutive) e la configurazione dell'esclusione dalla procedura come sanzione unicamente legittimata dall'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato dalla stazione appaltante (e non più da carenze originarie).

La disposizione stessa offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della 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. Stato, sez. VI, 27 novembre 2014 n. 5890).

Lo stesso è a dirsi in ordine al nuovo comma 1-ter dell'art. 46, introdotto dalla medesima disposizione del decreto 90/2014, il quale prevede che “*Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara*”.

Ciò premesso, è evidente come la novella normativa introdotta dall'art. 39 del decreto legge 90/2014, convertito in legge 114/2014, con riferimento alle previsioni di cui all'art. 46 del Codice, abbia comportato “*un'inversione radicale di principio; inversione in base alla quale è generalmente sanabile qualsiasi carenza, omissione o irregolarità, con il solo limite intrinseco*”.

dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara" (ANAC, determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015).

Dal dato letterale della norma, infatti *"emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando l'illustrato limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara. Inoltre, il riferimento ivi contenuto anche agli elementi e non solo alle dichiarazioni, consente un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione ma non anche per supplire a carenze dell'offerta [...]"*.

Pur evidenziando che *"l'istituto in parola non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta"*, la medesima Autorità ha condivisibilmente concluso che *"ove vi sia un'omissione, incompletezza, irregolarità di una dichiarazione con carattere dell'essenzialità – da individuarsi come tale in applicazione della disciplina sulla cause tassative di esclusione – la stazione appaltante non potrà più procedere direttamente all'esclusione del concorrente, ma dovrà avviare il procedimento contemplato nell'art. 38, comma 2-bis del Codice, volto alla irrogazione della sanzione pecuniaria ivi prevista ed alla sanatoria delle irregolarità rilevate. Si ritiene, infatti, che le irregolarità essenziali, ai fini di quanto previsto dall'art. 38, comma 2-bis, coincidano con le irregolarità che attengono a dichiarazioni ed elementi inerenti le cause tassative di esclusione (come individuate nella determinazione n. 4/2012), previste nel bando, nella legge o nel disciplinare di gara, in ordine alle quali non è più consentito procedere ad esclusione del concorrente prima della richiesta di regolarizzazione da parte della stazione appaltante – fatta eccezione per quelli che afferiscono all'offerta nei termini sopra indicati - come specificato nei successivi paragrafi"*.

Con particolare riguardo all'istituto della cauzione provvisoria, l'Autorità ha poi sottolineato che essa assolve *"anche allo scopo di garantire la stazione appaltante per il pagamento delle sanzioni pecuniarie comminate ai concorrenti, nell'eventualità che si verifichi in gara una omissione o una irregolarità nelle dichiarazioni rese dagli stessi, nei termini in precedenza indicati"*.

In relazione a tale garanzia, l'ANAC ha pertanto ritenuto di dover superare l'orientamento espresso nella determinazione n. 4/2012, in cui era stata qualificata come causa di esclusione la mancata o irregolare presentazione (in assenza degli elementi previsti nell'art. 75) della cauzione provvisoria, in difformità, peraltro, dalla prevalente giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013 n. 5781).

In particolare, *"tenuto conto che il comma 1-ter dell'art. 46 cit. ora consente la sanatoria anche di elementi che devono essere prodotti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (e la cauzione è un elemento da produrre a corredo dell'offerta in base alla legge), considerato che ai fini del pagamento della sanzione la cauzione costituisce solo una garanzia, la novella*

normativa trova applicazione anche con riferimento ad 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".

Quanto, nello specifico della sottoposta controversia, a fronte della carenza/irregolarità/inadeguatezza della cauzione provvisoria (assunta da A.N.A.S. a fondamento dell'avversata esclusione), va, poi, rammentato come l'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti, inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, disponga che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

L'art. 75, commi 1 e 6, del Codice dei contratti, prescrive l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario.

La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; diversamente rispetto a quanto stabilito dal comma 8 dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

L'interpretazione giurisprudenziale precedente la novella legislativa di cui al decreto legislativo 70/2011 era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisse parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicché, sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la *ratio* della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (cfr., Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009 n. 3746).

Tuttavia, la novella legislativa che ha aggiunto il comma 1-bis all'art. 46, ha imposto una diversa interpretazione anche dell'art. 75, che la giurisprudenza ha basato sulla diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8.

Essa rende evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più

consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara (cfr., in termini, Cons. Stato, sez. III, 1° febbraio 2012 n. 493 e la giurisprudenza, conforme, di primo grado, ivi richiamata).

Ne consegue che, nei casi di cauzione provvisoria presentata in un importo inferiore rispetto a quanto previsto, ma anche nelle ipotesi in cui la cauzione stessa presenti (come nel caso di specie), manchevolezze e/o irregolarità, l'Amministrazione non può più disporre, *tout court*, l'esclusione del concorrente: ma, in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione documentale della cauzione (orientamento consolidato: cfr. in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2015 n. 4764; sez. III, 11 agosto 2015 n. 3918).

Depone, chiaramente, in tal senso il testo della norma di cui al comma 2-bis dell'art. 38 del (previgente) Codice dei contratti, (come introdotto dall'art. 39, comma 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90), che consente la sanatoria anche di "*irregolarità essenziali*".

Tale principio, letto unitamente con l'art. 46 – che stabilisce il principio di "*tassatività*" della cause di esclusione – induce a valorizzare la possibilità di soccorso, sì da condurre un consolidato – quanto condivisibile – orientamento giurisprudenziale ad affermare che "*le irregolarità, l'insufficienza e la stessa inesistenza della cauzione provvisoria non possono dar luogo ad esclusione dalla gara, ma solo ad un 'soccorso istruttorio'*" (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 12 gennaio 2016 n. 55 e 24 settembre 2015 n. 4600; T.A.R. Lazio, sez. III, 10 giugno 2015 n. 8143).

Le considerazioni precedentemente rassegnate risultano confortate da una recente sentenza della Sezione IV del Consiglio di Stato (5 maggio 2016 n. 1803), relativamente a vicenda che vedeva, quale soggetto chiamato a prestare la cauzione, la stessa GBM FINANZIARIA S.p.A., chiamata in garanzia dall'odierna ricorrente.

Merita riportare taluni passi della pronuncia da ultimo citata.

In particolare, il Consiglio di Stato ha osservato come il giudice di prime cure, "*nel valutare l'inedoneità 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"; per l'effetto, ritenendo "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"*.

Nel rilevare come, nella vicenda contrattuale in tale sede esaminata, il Disciplinare di gara individuasse "*quali soggetti idonei al rilascio della cauzione, unicamente quelli che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie*", la pronuncia in rassegna ha ritenuto che "*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”.

Nel dare atto come, in sede di pronunzia di primo grado, sia stato *“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)”*, la sentenza 1803/2016 ha escluso che la Stazione Appaltante, dopo aver invitato la concorrente a regolarizzare l’offerta tramite allegazione di idonea cauzione, avrebbe (ulteriormente) dovuto concedere la proroga del termine dalla partecipante richiesta, pena la violazione degli artt. 46 e 38 Codice dei Contratti Pubblici.

Tale circostanza viene a differenziare, invero significativamente, la vicenda processuale ora all’esame rispetto alla controversia come sopra esaminata dai Giudici di Palazzo Spada, laddove:

- se nel caso sottoposto all’esame di questo Collegio, la Stazione Appaltante ha affatto ommesso di concedere alla ricorrente il termine previsto per il c.d. *“soccorso istruttorio”*
- diversamente, l’oggetto del contenzioso deciso dalla Sezione IV riguardava la mancata concessione, da parte della S.A., di una proroga al termine di dieci giorni ex art. 38, comma 2-bis, inutilmente spirato.

Ferma tale essenziale distinzione – e, conseguentemente, ribadita l’apprezzabilità delle doglianze che hanno indotto l’odierna ricorrente a contestare la legittimità della mancata attivazione, ad opera di A.N.A.S., del meccanismo procedimentale del *“soccorso istruttorio”* – giova ribadire i (peraltro già esposti) concetti che presidiano l’ambito espansivo dell’istituto in questione, per come ineccepibilmente chiariti nella ripetuta pronunzia n. 1803/2016.

Al riguardo:

- se, *“ai sensi dell’art. 38, comma 2 bis, Codice dei Contratti Pubblici, richiamato dall’art. 46 del medesimo Codice, ... “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 irregolarità 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 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".

Prosegue la pronuncia in rassegna osservando come "la norma ... 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)", ed "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)".

Se la disposizione "è ... 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 ... 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": e ciò in quanto "una diversa conclusione 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. 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".

Quanto sopra riportato, rafforza il convincimento del Collegio in ordine alla illegittimità dell'avversata determinazione di esclusione, laddove la misura espulsiva oggetto di contestazione nella presente sede giudiziale non è stata preceduta dall'obbligatoria attivazione del segmento procedimentale relativo alla sollecitazione (in sede, appunto, di "soccorso istruttorio") della partecipante (odierna ricorrente), al fine della regolarizzazione

della cauzione provvisoria oggetto di rilievi da parte della S.A., con assegnazione alla stessa del termine correlato all'espletamento dell'incombente.

La condotta da quest'ultima tenuta – per come, da ultimo, sostanziata dal provvedimento di esclusione recante data 1° giugno 2016 – rivela, peraltro, profili di problematica compatibilità logica rispetto al contenuto della nota della stessa A.N.A.S. in data 24 giugno 2016 (in data, quindi, successiva al preavviso di ricorso, ad opera dell'odierna ricorrente alla stessa Azienda comunicato il 9 giugno), laddove “nel prendere atto di quanto esposto nella nota cui si riscontra, sussistendo tuttora perplessità al riguardo, si chiede la trasmissione, entro il 30 giugno p.v., di idonea documentazione di comprova attestante l'idoneità, secondo la Banca d'Italia, della GBM Finanziaria al rilascio di fideiussioni in favore della Pubblica Amministrazione”.

Tale risipiscenza – evidentemente tardiva, quand'anche il contenuto della nota in esame possa intendersi quale “improprio” soccorso istruttorio, atteso che la sollecitazione di che trattasi è intervenuta non soltanto dopo l'adozione del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara, ma finanche dopo che quest'ultima ha preavvisato la S.A. dell'intendimento di proporre ricorso giurisdizionale – è appieno inidonea a “sanare” e/o “validare” l'operato di quest'ultima, atteso che la disciplina procedimentale applicabile impone l'operatività del comma 2-bis dell'art. 38 – e, con esso, l'attivazione dell'interlocazione endoprocedimentale prevista, nei termini ivi disciplinati – anteriormente all'adozione della determinazione di contenuto espulsivo.

In tali termini, il ricorso merita accoglimento; e, per l'effetto, vanno annullati gli atti con esso gravati.

La valenza conformativa insita nella presente pronuncia implica la riammissione della ricorrente alla procedura selettiva *de qua*, ai soli fini dell'attivazione del meccanismo procedimentale del soccorso istruttorio di cui alla più volte richiamata disciplina; ferme – ovviamente – le prerogative riservate alla Stazione appaltante in esito allo svolgimento dell'interlocazione prevista dalla ripetuta disposizione di cui al comma 2-bis dell'art. 38.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini e nei limiti di cui in motivazione, e, per l'effetto, in tali limiti annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna A.N.A.S. S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio in favore della parte ricorrente, in ragione di € 3.500,00 (Euro tremila e cinquecento/00), oltre accessori come per legge e refusione del contributo unificato, ove versato.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Filippo Maria Tropiano, Referendario

Angela Fontana, Referendario