

Limiti del soccorso istruttorio nelle gare di appalto

Data di pubblicazione: 27 aprile 2017

TAR SARDEGNA – sentenza 21 aprile 2017* (sui limiti del soccorso istruttorio nelle gare di appalto secondo la disciplina del nuovo codice e sull'applicabilità o meno di tale istituto per supplire alla carenza dell'impegno del fideiussore di rilasciare la garanzia definitiva).

TAR SARDEGNA, SEZ. I – sentenza 21 aprile 2017 n. 275 – Pres. Monticelli, Est. Rovelli - Ilvi Tour di Steri (Avv. ti Massa, Delunas e Vignolo) c. Unione dei Comuni Parte Montis (Avv. Miscali), Comune di Mogoro ed altri (n.c.) e Giara Bus di Olla Sergio & C. S.n.c. (Avv. Pinna) – (accoglie).

1. Contratti della P.A. – Gara – Presenza del legale rappresentante della ditta interessata alle operazioni di gara – Non fa decorrere il termine di impugnazione nel caso di esclusione – Ragioni.

2. Contratti della P.A. – Gara – Soccorso istruttorio – Disciplina di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 – Nel caso di mancanza di un elemento richiesto a pena di esclusione – Inapplicabilità.

3. Contratti della P.A. – Gara – Mancata produzione dell'impegno del fideiussore di costituire la garanzia definitiva per l'esecuzione del contratto – Mancanza – Esclusione – Necessità – Soccorso istruttorio – Inapplicabilità.

1. La presenza del legale rappresentante dell'impresa alla seduta di gara nella quale la commissione ha deliberato l'esclusione della stessa non rende irricevibile per tardività il ricorso proposto contro l'esclusione qualora sia stato tempestivamente impugnato il successivo provvedimento di esclusione adottato dal dirigente competente che abbia sostituito la precedente esclusione disposta dalla commissione di gara, pur conservandone identico il contenuto dispositivo; invero, trattandosi di provvedimento di un distinto organo, costituisce non un atto meramente confermativo ma un atto di conferma in senso proprio in quanto frutto di un nuovo ed autonomo apprezzamento dei fatti operato da tale organo (1).

2. Nel caso in cui, nel corso di una gara di appalto, risulti mancante un elemento richiesto a pena di esclusione, non è possibile attivare il soccorso istruttorio, atteso che l'art. 83 del nuovo codice degli appalti ([d.lgs. n. 50/2016](#)) prevede il soccorso solo per *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”* (2).

3. Dall'art. 93, comma 8, del [d.lgs. n. 50/2016](#) (secondo cui *“l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 105, qualora l'offerente risultasse affidatario”*) si desume che rispetto all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione; trattandosi di elemento richiesto a pena di esclusione, non è possibile attivare il soccorso istruttorio nel caso di sua mancanza.

(1) Cfr. T.A.R. Lazio - Latina, sez. I, 20 novembre 2014, n. 978.

V. anche T.A.R. Sardegna, sez. I, 20 gennaio 2017, n. 36, secondo cui, ai sensi del citato art. 120, comma 2 bis [c.p.a.](#), *“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 nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ai*

sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11"; e che, ai sensi dell'art. 76, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 50/2016, "3. Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti"; pertanto emerge chiaramente dalla nuova disciplina l'intento del legislatore di assicurare degli efficaci sistemi di piena conoscenza degli atti, anche ai fini di una loro ponderata impugnazione".

(2) T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I ter, 18 gennaio 2017, n. 878, in LexItalia.it, pag. <http://www.lexitalia.it/a/2017/87012>

Pubblicato il 21/04/2017

N. 00275/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01065/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1065 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ilvi Tour di Steri Graziella, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Massa, Gianmarco Delunas, Marcello Vignolo, con domicilio eletto presso lo studio Vignolo in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

contro

Unione dei Comuni Parte Montis, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Raffaele Miscali, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Angelo Arca in Cagliari, via Goito n. 24;

Comune di Mogoro, Comune di Gonnostramatza, Comune di Masullas, Comune di Siris, Comune di Pompu non costituiti in giudizio;

nei confronti di

Giara Bus di Olla Sergio & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Pinna, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Riva Villasanta, 233;

Autonoleggio Atzeni Pierpaolo, Melis Sergio non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- ai sensi dell'art. 120 comma 2-bis del c.p.a., dei provvedimenti con i quali la costituenda ATI composta dai

controinteressati è stata ammessa alla gara bandita dall'Unione dei comuni Parte Montis per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico (CIG 68030885D0), tra cui, sempre limitatamente alle parti in cui questi atti possano intendersi come provvedimenti d'ammissione dei controinteressati alla procedura, i verbali di gara n. 1 dell'8.11.2016 e n. 2 del 9.11.2016;

e con i motivi aggiunti depositati il 27.1.2017:

- della determinazione del responsabile Amministrativo finanziario dell'Unione di comuni Parte Montis n.1 del 5.1.2017, con cui sono stati approvati gli atti di gara e la stessa è stata aggiudicata in via definitiva all'ATI costituenda tra le ditte controinteressate;

- della nota del responsabile del servizio Centrale unica di committenza n. 9 del 4.1.2017, con cui si risponde alla richiesta di riesame inviata per conto della ricorrente il 3.12.2016.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Unione dei Comuni Parte Montis e di Giara Bus di Olla Sergio & C. S.n.c.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dall'Unione dei Comuni Parte Montis per l'affidamento del servizio di trasporto scolastico per l'anno 2016/2017.

La gara è stata aggiudicata (non vi è ancora l'approvazione della aggiudicazione definitiva) alla ditta Giara Bus che secondo la ricorrente doveva essere esclusa per i seguenti motivi in diritto:

1) violazione dell'art. 93 comma 8 d.lgs. 50/2016 e contrasto con l'art. 12 comma 1 della lettera di invito e l'art. 17 comma 2 del capitolato speciale.

Il 27 gennaio 2017 la ricorrente depositava ricorso per motivi aggiunti per l'impugnazione della determinazione di aggiudicazione n. 1 del 5 gennaio 2017.

Con il ricorso per motivi aggiunti la ricorrente ripropone il motivo dedotto con il ricorso introduttivo impugnando altresì l'aggiudicazione definitiva e deduce ulteriori motivi:

2) errore della motivazione, violazione dell'art. 93 comma 8 d.lgs. 50/2016;

3) vizi della valutazione e dell'assegnazione dei punteggi.

Si costituivano l'amministrazione intimata e la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla udienza pubblica del 5 aprile 2017 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente esaminata l'eccezione sollevata dalle difese dell'amministrazione e della controinteressata, secondo cui il ricorso sarebbe tardivo perché al momento della ammissione della controinteressata alla gara, alla seduta pubblica era presente un rappresentante della ditta ricorrente cosicché il termine per proporre ricorso sarebbe decorso da quella data.

L'eccezione non è fondata.

Anzitutto va ricordato che questa Sezione, sul termine di impugnazione degli atti di ammissione alla gara, ha già espresso il suo orientamento dal quale non intende discostarsi.

E' stato difatti ricordato:

"Osserva, prima di tutto, il Collegio che, ai sensi del citato art. 120, comma 2 bis c.p.a., "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 nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11"; e che, ai sensi dell'art. 76, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 50/2016, "3. Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti"; pertanto emerge chiaramente dalla nuova disciplina l'intento del legislatore di assicurare degli efficaci sistemi di piena conoscenza degli atti, anche ai fini di una loro ponderata impugnazione" (T.a.r. Sardegna, sez. I, 20 gennaio 2017, n. 36).

Va peraltro anche osservato che il ricorso è perfettamente nei termini tenuto conto che la nota prot. 9 del 4 gennaio 2017 (documento 9 del ricorrente) a firma del responsabile del servizio, riscontra la richiesta di riesame avanzata dalla ditta ricorrente in data 3 dicembre 2016 con un atto che riporta nuova motivazione a seguito di nuova istruttoria. Non si tratta quindi di atto meramente confermativo. La circostanza è determinante ed esclude la tardività del ricorso.

E' sufficiente richiamare un condivisibile precedente del T.a.r. Lazio che ha affermato che "La presenza del legale rappresentante dell'impresa alla seduta di gara nella quale la commissione ha deliberato l'esclusione della stessa non rende irricevibile per tardività il ricorso proposto contro l'esclusione qualora sia stato tempestivamente impugnato il successivo provvedimento di esclusione adottato dal dirigente competente che abbia sostituito la precedente esclusione disposta dalla commissione di gara, pur conservandone identico il contenuto dispositivo; invero, trattandosi di provvedimento di un distinto organo, costituisce non un atto meramente confermativo ma un atto di conferma in senso proprio in quanto frutto di un nuovo ed autonomo apprezzamento dei fatti operato da tale organo" (T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 20/11/2014, n. 978).

Va peraltro aggiunto che la Ilvi Tour ha proposto il ricorso prima ancora che l'amministrazione assolvesse agli obblighi (stringenti) di pubblicazione previsti dal Codice dei contratti ma evincendo l'ammissione della controinteressata dalla apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

Il ricorso è pertanto proposto nei termini.

Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Quanto al primo motivo va rilevato che il Collegio ritiene di condividere il recente orientamento del T.a.r. Lazio che ha affermato: "Va rilevato in proposito che l'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, al comma 1, che "l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata garanzia provvisoria" e che, "in caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo".

Sempre il citato art. 93, al comma 8, prevede che "l'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 105, qualora l'offerente risultasse affidatario".

4.3 - Dalle norme di cui alla richiamata disposizione normativa si desume innanzi tutto che rispetto all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, è posto, in capo alle ditte partecipanti alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, un preciso obbligo, a pena di esclusione" (...).

"4.8 - Trattandosi di elemento richiesto a pena di esclusione, qui mancante, non era possibile attivare il soccorso istruttorio.

Infatti l'art. 83 del nuovo Codice degli Appalti lo prevede solo per "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", tale non potendosi qualificare quella in esame, proprio per quanto sopra evidenziato" (T.a.r. Lazio, Sezione prima ter, 18 gennaio 2017, n. 878).

Nella fattispecie qui all'esame del Collegio la violazione riguarda l'art. 93 comma 8 del d.lgs. 50/2016 (disposizione in cui il nuovo Codice ha previsto esplicitamente la sanzione dell'esclusione in caso di violazione delle prescrizioni ivi contenute) e l'art. 12 comma 1 della lettera di invito.

Va peraltro osservato, anche a voler considerare (e come si è visto ciò non è possibile) l'ipotesi di un soccorso istruttorio, che la stazione appaltante non ha neppure attivato la relativa procedura e che pertanto l'elemento richiesto a pena di esclusione è del tutto mancante.

Né può essere richiamata quella giurisprudenza del Consiglio di Stato (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975) che ritiene attivabile il c.d. "soccorso istruttorio processuale" posto che l'Amministrazione ha esplicitamente e erroneamente ritenuto che il requisito, invece richiesto dalla legge, non fosse dovuto.

Il motivo è pertanto fondato e determina l'accoglimento del ricorso.

Le spese, stante i non univoci orientamenti della giurisprudenza sul punto, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Spese compensate con restituzione contributo unificato a carico dell'Amministrazione.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Gianluca Rovelli Caro Lucrezio Monticelli

