

T.A.R. Campania, Napoli, sezione V, 27 ottobre 2016, n. 4988

Ancora non essiccato l'inchiostro della sentenza di T.A.R. Liguria, Genova, sezione II, 17 ottobre 2016, n. 1023, il collegio campano ribadisce che, a differenza dell'inadempimento relativo alle carenze in materia di cauzione provvisoria ex art. 75 del codice abrogato (ora garanzia provvisoria ex art. 93 del nuovo codice), senz'altro suscettibile di soccorso istruttorio, [1] la stessa conclusione non può riguardare l'impegno al rilascio della cauzione definitiva ex art. 113 richiamato dall'articolo 75, comma 8, del codice abrogato (ora garanzia definitiva ex art. 103 richiamato dall'articolo 93, comma 8, del nuovo codice).

L'argomentazione è basata esclusivamente (e non banalmente) sulla presenza della sanzione esplicita dell'esclusione che, nella norma, accompagna l'obbligo di presentazione dell'impegno e non accompagna l'obbligo di presentazione della garanzia provvisoria.

L'arresto del TAR Campano, ha il pregio di porsi nel solco della giurisprudenza precedente, dando per scontato che l'assenza dell'impegno comporti una vera e propria "incompletezza dell'offerta" e, in quanto tale, non suscettibile di soccorso istruttorio.

Nel nuovo codice è chiarito (se mai ce ne fosse stato bisogno) che il soccorso istruttorio è escluso per gli inadempimenti «... afferenti all'offerta tecnica ed economica» ma potrebbe essere ancora in discussione il presupposto, cioè se l'assenza dell'impegno afferisca o meno all'offerta.

Se le pronunce saranno appellate sarà interessante conoscere le conclusioni del Consiglio di Stato.

¹ *Giurisprudenza anche di secondo grado pressoché univoca dopo l'introduzione nel codice abrogato degli articoli 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter.*

N. 04988/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02727/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2727 del 2016, proposto da:

Sky Skan Inc. in proprio e quale Capogruppo Ati con Ip motive Srl, Ip motive Srl in proprio e N.Q. di Impresa Mandante, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati ...

contro

Fondazione Idis Città della Scienza, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato ...

nei confronti di

Skypoint Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati ... per l'annullamento del provvedimento prot. n. 539/2016 di aggiudicazione della gara relativa alla progettazione fornitura, posa in opera e messa in esercizio del dome/planetario digitale di corporea

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Idis Città della Scienza e di Skypoint Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2016 il dott. Carlo Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorso – sia nella dimensione finale al conseguimento dell'aggiudicazione della gara de qua, sia nell'ottica strumentale della ripetizione dell'intera procedura – è infondato e va respinto per le ragioni che seguono, di talché può prescindere dall'esame del gravame incidentale.

Quanto al primo profilo ed in relazione alle censure volte a contestare la disposta esclusione dell'offerta dell'odierna ricorrente, deve ribadirsi l'assunto di diritto, già enucleato in sede di

decisione sull'istanza cautelare, per cui la riscontrata violazione (totale assenza dell'impegno di un fideiussore a garantire l'esecuzione del contratto) non risulta suscettibile di successivo recupero attraverso l'invocato meccanismo del soccorso istruttorio in ragione della sua intima connessione con la formulazione dell'offerta e (proprio per questa ragione) della sua espressa imposizione normativa a pena di esclusione (art. 75, comma 8, del d.lgs. 2006 n. 163).

Sul punto, pur nella riscontrata diversità di approcci ermeneutici, il Collegio ritiene di dover sottolineare il diverso regime che astringe le irregolarità relative alla cauzione provvisoria (non potendosi in tal caso senz'altro escludere il concorrente che abbia presentato una siffatta cauzione di importo non sufficiente o connotata da altre irregolarità) dalla diversa ipotesi, quale verificatasi nel caso di specie, di mancata presentazione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la fideiussione definitiva che, diversamente dalla prima, integra una causa testuale di esclusione, coerente con il canone della tassatività in ragione della sua stretta connessione strutturale e funzionale con la formulazione dell'offerta.

Premesso in fatto che non è contestato che la ricorrente, in sede di presentazione dell'offerta, abbia ommesso di presentare la garanzia de qua e che, a differenza dei precedenti da essa citati, non si tratta (anche) di una non corretta presentazione in termini di misura del quantum correlata alla cauzione provvisoria, occorre ribadire che la violazione ora indicata è sanzionata con l'esclusione dall'art. 75, comma 8, del Cod. dei contratti, dal quale è previsto come corredo necessario dell'offerta e riflette le esigenze sottese alla previsione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. 2006 n. 163. La stessa *lex specialis* di gara (punto A.4) – lungi, secondo la non condivisibile prospettazione di parte ricorrente, dallo smentire tale ricostruzione – limita l'attività di postuma regolarizzazione alle sole situazioni di “difformità” (non riconducibili alla diversa ipotesi di radicale carenza) ed in relazione soltanto a quanto previsto “ai fini della presentazione per il deposito cauzionale”.

In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che:

- 1) l'art. 75, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che l'offerta è corredata da 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 e il successivo comma 6 indica che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. L'art. 75, comma 8, invece, prevede che l'offerta è altresì corredata, “a pena di esclusione”, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario;

2) la diversa formulazione delle due norme consente di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata presentazione della cauzione provvisoria, al contrario dell'impegno per la cauzione definitiva, previsto "a pena di esclusione", che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica, in caso di omissione, l'esclusione dalla gara (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493);

3) insomma, la diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8, dell'art. 75 rende evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria e non la mancata presentazione dell'impegno di un fideiussore a garantire l'esecuzione del contratto, impegno ben più consistente, essendo riferito all'integrale adempimento delle obbligazioni contrattuali (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 19 aprile 2013, n. 3983; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 20 novembre 2013, n. 9939; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 19 marzo 2013, n. 647; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 23 dicembre 2013, n. 2595).

Ne consegue che la giurisprudenza (cfr. da ultimo. T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 30/11/2015, n. 13503), con argomentazioni e conclusioni qui pienamente condivise, ha ammesso che, *"mentre la norma sulla cauzione provvisoria va intesa nel senso che la stazione appaltante non può escludere il concorrente che abbia presentato una cauzione di importo non sufficiente o connotata da altre irregolarità, dovendosi consentire, in tali casi, in applicazione del c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, la regolarizzazione della cauzione prodotta, al contrario la mancata presentazione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto integra una causa testuale di esclusione, coerente con il canone della tassatività posto dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. 2006 n. 163"*.

Nel caso che occupa, non si verte in un'ipotesi di necessità di successiva regolarizzazione della garanzia, in quanto, al momento della presentazione dell'offerta, questa si manifestava priva del necessario corredo e non invece accompagnata da una garanzia insufficiente.

Dalle letture ermeneutiche sopra riportate si può far discendere, dunque, per quanto qui interessa, che l'esclusione è giustificata dall'incompletezza dell'offerta.

Parimenti infondata si presenta la seconda serie di doglianze volte a conseguire, in un'ottica strumentale di interesse alla ripetizione della gara in presenza di sue soli partecipanti, l'esclusione dell'offerta dell'odierna controinteressata per significativa divergenza della stessa rispetto ai requisiti tecnici richiesti dai documenti di gara.

Al riguardo va premesso in punto di diritto che se è vero che in ordine all'apprezzamento discrezionale — insindacabile nel merito — la cognizione del Giudice Amministrativo deve

ritenersi piena (in conformità all'indirizzo giurisprudenziale formatosi a partire dalla nota decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 9.4.1999, n. 601, in cui si chiarisce come il sindacato giurisdizionale non possa essere limitato ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale, secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, dovendo invece l'oggetto del giudizio estendersi alla esatta valutazione del fatto, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie applicabile); nondimeno ciò deve aver luogo senza prescindere dalla priorità che deve essere accordata alle scelte dell'Amministrazione, ove di tali scelte — pur opinabili — sia comunque pienamente comprensibile la logica interna, sulla base di circostanze di fatto non smentite da chi vi abbia interesse, o di mere affermazioni difensive, che non possono costituire di per sé principio di prova, su questioni scientificamente complesse (cfr. di recente Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 23/03/2016, n. 1196).

Orbene, nella specie, con riguardo alle dedotte difformità rispetto sia al requisito della risoluzione della proiezione (4K) che di illuminazione della struttura, si rileva di contro come per un verso non vi sia alcun diretto ed evidente contrasto con quanto indicato nel disciplinare, soddisfacendo l'offerta dell'odierna controinteressata i parametri tecnici minimi ivi indicati; e, per altro verso, la contestazione si risolve in una soggettiva gradazione di profili qualitativi che, in assenza di profili di erroneità o evidente irragionevolezza, tendono a risolversi in un'inammissibile sostituzione delle valutazioni operate dalla pubblica amministrazione.

In definitiva il ricorso principale va respinto di talché non vi è interesse alla disanima delle censure formulate, in chiave esclusivamente paralizzante, in sede di ricorso incidentale che pertanto va dichiarato improcedibile.

Sussistono giusti motivi, in ragione della novità e complessità delle questioni trattate, per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Carlo Buonauro, Consigliere, Estensore

Paolo Marotta, Primo Referendario