

Publicato il 11/01/2021

N. 00183/2021 REG.PROV.COLL.
N. 04018/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 4018/20 R.G., integrato da motivi aggiunti, proposto da
A.I.C.S. – Associazione Italiana Cultura e Sport – Comitato Provinciale di
Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo 323;

contro

Comune di Scisciano, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Romano, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Cuc dell'Area Nolana non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

nel bando per lo svolgimento di servizi lo SPRAR del Comune di Scisciano;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti

Del provvedimento prot. n. 11591 del 26 novembre 2020 ha disposto l'esclusione della ricorrente

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Scisciano;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2021, celebrata con modalità da remoto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La A.I.C.S. – Associazione Italiana Cultura e Sport – Comitato Provinciale di Napoli ha impugnato in parte qua il bando ed il disciplinare della procedura di gara indetta dal Comune di Scisciano per la “l'individuazione di soggetti del Terzo Settore per la gestione di azioni di sistema per l'accoglienza, la tutela e l'integrazione a favore di richiedenti e titolari di protezione internazionale nonché titolari di permesso umanitario nel quadro del Sistema di Protezione per richiedenti e rifugiati (SPRAR/SIPROIMI) per il biennio 2021-2022.

L'associazione ricorrente ha proposto le seguenti censure.

Con i primi due motivi si contestano due prescrizioni poste a pena di esclusione, direttamente pregiudizievoli per parte ricorrente; in particolare, la prima che estromette i soggetti che abbiano subito nel triennio di gestione di progetti di seconda accoglienza, attuati nell'ambito del sistema di Protezione per richiedenti Asilo e Rifugiati (SPRAR) tagli per oltre euro 150.000,00”; la seconda che esclude chi abbia in corso contenziosi di natura giudiziale e/o stragiudiziale con il Comune di Scisciano. Con il terzo motivo si denuncia una situazione di conflitto di interessi con il precedente responsabile unico del procedimento che

aveva operato le contestazioni oggetto di tagli, oggi ancora soggetto interessato alla gara.

Con la quarta censura e quinta censura si contestano, rispettivamente, l'omessa pubblicazione del bando sulla GUCE ed il mancato rispetto del termine minimo di 35 giorni tra la pubblicazione del bando e il termine di presentazione delle offerte.

Con l'ultima censura si contesta l'assenza all'interno del sistema di scelta del contraente dell'offerta economicamente più vantaggiosa di previsioni di punti in ordine alla voce prezzo.

Si è costituito in giudizio il Comune di Scisciano.

Con decreto presidenziale n. 2021/2020 del 6 novembre 2020 veniva negata l'adozione di misure cautelari in sede monocratica.

Successivamente, con ordinanza cautelare n. 2123/2020, depositata in data 18 novembre 2020, il Collegio ha ammesso con riserva al ricorrente al prosieguo della gara, sospendendo provvisoriamente le prescrizioni impeditive della partecipazione.

In sede di verifica della documentazione amministrativa, la stazione appaltante ha rilevato la mancata produzione da parte della ricorrente della cauzione provvisoria, attivando, di conseguenza, l'istituto del soccorso istruttorio, invitando quest'ultima a procedere alla relativa produzione entro il 25 novembre 2020. Dopo che il documento richiesto è stato allegato sul portale di gara, la stazione appaltante, con provvedimento prot. n. 11591 del 26 novembre 2020 ha disposto l'esclusione della ricorrente, evidenziando che «la cauzione provvisoria emessa dalla Reale Mutua risulta essere spiccata in data 17/11/2020, ovvero in data successiva a quella di scadenza per la presentazione delle istanze fissata al 09/11/2020».

Avverso il provvedimento di esclusione ha proposto motivi aggiunti di ricorso la ricorrente A.I.C.S. – Associazione Italiana Cultura e Sport – Comitato

Provinciale di Napoli, chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari, anche in sede monocratica.

Obietta parte ricorrente che la polizza provvisoria di cui all'art. 93 D.lgs. 50/2016 non sarebbe un requisito di partecipazione, per cui la sua mancanza non potrebbe essere sanzionata con l'esclusione, avendo la stessa la sola funzione di garantire economicamente la serietà dell'impegno del concorrente; in ogni caso, non avrebbe rilevanza ai fini dell'ammissione alla gara la data postuma di rilascio della polizza, emessa il 17 novembre 2020, ma solo il periodo di copertura assicurativa che comunque garantisce la stazione appaltante retroattivamente dalla data di scadenza del termine per il ricevimento delle offerte. Infine, si deduce un profilo di illegittimità derivata del provvedimento di esclusione rispetto alle ragioni di illegittimità già esposte con il ricorso introduttivo.

Con decreto presidenziale n. 2425 del 17 dicembre 2020 la ricorrente è stata ammessa provvisoriamente al prosieguo della gara.

Si è costituito in giudizio il Comune di Scisciano, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, di cui ha sollevato eccezione di inammissibilità per omessa notifica all'altro concorrente ammesso alla gara, essendo parte controinteressata.

Alla camera di consiglio dell'8 gennaio 2021, all'esito della discussione da remoto, il Tribunale, ritenuta la sussistenza dei presupposti per la definizione della controversia con sentenza in forma semplificata, dato avviso alle parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

Deve preliminarmente essere disattesa l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti, sollevata dalla difesa del Comune di Scisciano, per omessa notificazione all'altro concorrente ammesso alla gara, «Oltre i Confini – Restiamo Umani», come risulta dal verbale n. 1. Invero, secondo condivisibile giurisprudenza, anche

di questa Sezione (T.A.R. Campania, Napoli Sezione II 26 novembre 2018 , n. 6784), «a fronte dell'impugnazione del bando, di concorso o di gara, ovvero di un atto di esclusione dalla procedura selettiva, non sono individuabili soggetti che possano essere qualificati come controinteressati, atteso che la qualifica di controinteressato, quale soggetto che è titolare di un interesse giuridicamente rilevante al mantenimento dell'impugnata esclusione, non si configura in capo al mero partecipante in occasione dell'impugnazione della esclusione da parte di altro concorrente laddove sia ancora in corso lo svolgimento della gara e, dunque, la stazione appaltante non abbia fatto contestualmente luogo all'aggiudicazione dell'appalto» (Consiglio di Stato , Sezione V , 28 agosto 2019 , n. 5926).

Nel merito, i motivi aggiunti non sono meritevoli di accoglimento.

Va preliminarmente respinta la censura di illegittimità derivata, dal momento che il provvedimento di estromissione impugnato non si fonda sui profili escludenti prescritti dalla legge di gara che hanno già costituito oggetto di impugnazione con il ricorso introduttivo, ma su altra ed autonoma ragione, segnatamente su motivi di inidoneità della polizza fideiussoria.

Quanto agli altri motivi di doglianza, va premesso che, in punto di fatto, è incontestato tra le parti che la polizza fideiussoria depositata da parte ricorrente a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio abbia una data di stipulazione successiva a quella di scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara; ed è altrimenti incontestabile che il disciplinare di gara, all'art. 13 punto 5, relativo alla “garanzia provvisoria” - disposizione non espressamente impugnata – abbia previsto che «e' sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria solo a condizione che siano stati già costituiti prima della presentazione dell'offerta. E' onere dell'operatore economico

dimostrare che tali documenti siano costituiti in data non successiva al termine di scadenza della presentazione delle offerte».

Tanto premesso, ai fini della risoluzione delle questioni prospettate, occorre richiamare quanto ritenuto da recente giurisprudenza a proposito della natura giuridica della cauzione provvisoria di cui all'art. 93 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, dell'applicazione ad essa del principio di tassatività delle cause di esclusione, nonché delle ipotesi in cui è consentito il soccorso istruttorio.

Innanzitutto, va richiamata una recente pronuncia del Consiglio di Stato, secondo cui «va infine richiamato l'orientamento affermato da condivisa giurisprudenza amministrativa che si è espressa al riguardo, con riferimento al previgente codice dei contratti (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), ma con considerazioni senz'altro mutuabili anche per il nuovo codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016), secondo cui: "In coerenza con l'indirizzo sostanzialistico che connota le gare pubbliche d'appalto e in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla lex specialis sono sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372; Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147; cfr. altresì Delibera ANAC n. 1/15). Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa, già nel vigore della disciplina previgente, era giunta alla conclusione che la mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria, come pure della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva (cfr. Cons. Stato, V, 6 settembre 2018, n. 5230), non fosse causa di esclusione, per essere, invece, la stazione appaltante tenuta ad attivare il soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la documentazione mancante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138; III, 23 novembre 2017, n. 5467; III, 27 ottobre 2016, n. 4528, che aggiunge la precisazione per la quale il principio esposto trova applicazione a prescindere dagli stati soggettivi

del concorrente relativi all'imputabilità o meno dell'omissione o della irregolarità; nonché in precedenza Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687; a differenza della cauzione falsa cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1846). Tale orientamento va ribadito anche con il nuovo codice dei contratti pubblici; il soccorso istruttorio previsto ora dall'art. 83, comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è attivabile in quanto le (ragioni di) invalidità della cauzione provvisoria, ma analogo discorso vale per la dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "carenze di elementi formali della domanda", ovvero ipotesi di "mancanza, incompletezza" o di "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione (e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica). Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria, come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; V, 22 ottobre 2018, n. 6005; V, 26 luglio 2016, n. 3372); sarebbe, infatti, violata la par condicio tra tutti i concorrenti, qualora fosse consentito ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio. Costui, infatti, si gioverebbe di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, e così, probabilmente, per la natura onerosa della garanzia potrebbe spuntare condizioni economiche più favorevoli». (Consiglio di Stato V Sezione, 4 dicembre 2019 n. 8296).

In sintesi, secondo tale condivisibile orientamento, è sempre da ammettersi la sanabilità di criticità afferenti alla cauzione provvisoria, essendo questa un elemento formale della domanda, la cui mancanza, incompletezza o irregolarità

essenziale è, di conseguenza, emendabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio; la sentenza si premura di precisare che la documentazione mancante – come nel caso di specie la polizza fideiussoria nella sua interezza - debba essere comunque di data anteriore rispetto alla scadenza del termine di partecipazione; l'assunto trova fondamento, ad opinione del Collegio, in esigenze di collocazione funzionale dell'istituto del soccorso in una posizione di equilibrio tra il principio della *par condicio* e quello del *favor participationis*, evitando che un effetto di sostanziale riapertura del termine perentorio di partecipazione, vieppiù in favore di un singolo concorrente, anche se incolpevole, possa determinare condizioni di disparità di trattamento nei confronti di altri partecipanti, i quali, tra l'altro, hanno comunque puntualmente osservato le prescrizioni della *lex specialis*.

I richiamati principi sono stati precisati dalla successiva pronuncia del Consiglio di Stato V Sezione 16 gennaio 2020 n. 399.

Tale sentenza, innanzitutto, tiene «distinta la fattispecie della mancata costituzione della garanzia provvisoria (cui è riferito il precedente di questa Sezione V, 2 settembre 2019, n. 6013, citato dalla ricorrente, nonché il precedente di questa stessa sezione, 22 ottobre 2018, n. 6005) da quella della sua invalidità o irregolarità, atteso che la prima ipotesi è espressione *ex se* della scarsa serietà dell'offerta (così come la prestazione di garanzia con documenti materialmente falsi, cui è riferito il precedente di questa Sezione, V, 23 marzo 2018, n. 1846, che non ha ammesso il soccorso istruttorio), mentre tale non può reputarsi la costituzione della garanzia quando l'art. 93, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 risulti apparentemente rispettato». Ebbene, dopo aver precisato che «anche dopo l'entrata in vigore dell'attuale Codice dei contratti pubblici vada ribadito il principio giurisprudenziale per il quale la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* non costituisce causa di esclusione - salva diversa esplicita previsione della legge di gara - ed è sanabile

mediante soccorso istruttorio. Infatti, come già evidenziato, anche l'art. 93 del d.lgs. n. 50 del 2016, analogamente all'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006, in tema di garanzie, non prevede l'esclusione, per la mancanza della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8 (così come era per il comma 8 dell'art.75 del d.lgs. n. 163 del 2006), per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva a garanzia dell'esecuzione del contratto nel caso di aggiudicazione e affidamento dell'appalto (Cons. di Stato, VI, 18 luglio 2016, n. 3198, richiamata di recente da Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5138)», la sentenza aggiunge che «il principio espresso di recente da questa Sezione, V, 4 dicembre 2019, n. 8296, secondo cui il soccorso istruttorio va a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria (come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva: ipotesi specificamente oggetto di detto precedente, perciò diverso dal caso oggetto della presente decisione) sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione va limitato alla sola ipotesi di mancanza di cauzione provvisoria, quando questa sia richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda (prevendendosi apposita ed esplicita causa di esclusione, non interpretabile estensivamente)».

Secondo tale pronuncia, pertanto, si deve tenere distinta l'ipotesi di invalidità ed irregolarità della cauzione provvisoria – così come quella dell'invalidità della stessa manifestatasi in tempi successivi, come nella fattispecie concreta dedotta in quel giudizio - dalla mancanza assoluta della stessa, ipotesi senza dubbio più grave, in cui – e solo in essa – il documento di cui è chiesta l'integrazione mediante soccorso istruttorio deve avere data anteriore alla scadenza del termine di partecipazione e sempre che la cauzione provvisoria sia stata richiesta dalla legge di gara come elemento essenziale della domanda, a tal fine essendo stata prevista un'apposita ed esplicita causa di esclusione; con riferimento al caso in esame, tale ultima proposizione consentirebbe, in linea di principio, anche di

superare il problema della nullità della clausola del disciplinare che preveda l'esclusione immediata del concorrente per mancanza della cauzione provvisoria perché in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, dal momento che, ammettendosi la sanabilità del vizio mediante soccorso istruttorio, l'esclusione sarebbe comunque conseguenza della previsione di cui all'art. 83, comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, secondo cui «in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente e' escluso dalla gara.»; infatti, non urta con il principio di tassatività delle cause di esclusione, avendo l'ipotesi specifica copertura normativa, l'estromissione del concorrente che non abbia regolarizzato l'irregolarità o l'elemento formale della domanda a seguito di soccorso istruttorio, e ciò a prescindere dalla carenza o tipo di vizio rilevato; ne discende che la previsione di cui all'art. 93 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nella parte in cui non prevede espressamente l'esclusione del concorrente che non abbia presentato la polizza fideiussoria, non solo non impedisce alla stazione appaltante di stabilire una regola diversa nella legge di gara, ma soprattutto, ammettendosi il soccorso istruttorio, impone l'esclusione del concorrente che non vi abbia ottemperato, a tal fine dovendosi ritenere applicabile la causa di esclusione costituita dalla citata previsione di cui all'art. 83 comma 9 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Resta da chiedersi se, muovendo dal presupposto che alla scadenza del termine di partecipazione la cauzione provvisoria non era esistente, possa avere rilevanza quanto opinato da parte ricorrente secondo cui non rileverebbe la data di emissione della polizza, quanto il periodo di copertura, che nella fattispecie concreta, era stata individuato, in modo retroattivo, con decorrenza a far data dal termine di scadenza del termine per la presentazione delle offerte. L'argomentazione non è convincente; difatti, seppur il ragionamento potrebbe trovare conforto nella considerazione della salvaguardia dell'interesse pubblico a mantenere la stazione appaltante garantita dal punto di vista della serietà

dell'offerta del concorrente, risulterebbe comunque insuperabile il vulnus arrecato al principio di par condicio, dal punto di vista dell'elusione a titolo particolare del termine perentorio di partecipazione, come declinato dalla richiamata giurisprudenza del Consiglio di Stato.

I motivi aggiunti devono pertanto essere respinti.

Di conseguenza, deve assumersi l'inammissibilità del ricorso introduttivo, dal momento che, essendo stata la ricorrente esclusa dalla gara con un provvedimento ritenuto immune dalle censure proposte con i motivi aggiunti e fondato su una ragione di estromissione autonoma e differente da quelle contestate come impeditive ab origine della partecipazione contenute nella lex specialis, nessuna posizione differenziata e qualificata è riconoscibile capo ad essa; allo stesso modo, la sua condizione di soggetto estraneo alla gara la priva di legittimazione a contestarne profili inerenti alle modalità di valutazione delle offerte ed attribuzione dei punteggi (T.A.R. Campania, Napoli , sez. I 5 giugno 2019 , n. 3060).

In ragione della particolarità delle questioni esaminate e dell'esito della fase cautelare monocratica, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta i motivi aggiunti e dichiara inammissibile il ricorso introduttivo. Spese compensate
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2021, celebrata da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Paolo Corciulo, Presidente, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

Germana Lo Sapia, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Paolo Corciulo

IL SEGRETARIO