Pubblicato il 19/05/2017

N. 01125/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00711/2017 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 711 del 2017, proposto da: Itr Srl, in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Coref Engineering Srl e Rts Energy Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Donati, Valentino Irenei ed Alessandra Grimaldi, con domicilio *ex lege* (art. 25 cod. proc. amm.) presso la Segreteria del T.A.R. Lombardia in Milano, via Corridoni, 39;

contro

Accam Spa, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Tecno Refractories Srl, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. U329 del 24 febbraio 2017 avente ad oggetto "Gara a procedura aperta per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria (di emergenza) e riparazione dei refrattari e delle griglie della camera di combustione

dell'impianto di termovalorizzazione Accam spa di Busto A. – CIG 67900205C2: provvedimento di esclusione";

- del provvedimento U2426 del 5 dicembre 2016 avente ad oggetto "Gara a procedura aperta per gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria (di emergenza) e riparazione dei refrattari e delle griglie della camera di combustione dell'impianto di termovalorizzazione Accam spa di Busto A. – CIG 67900205C2: avvio procedimento di esclusione";

- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 2 *bis* e comma 6 *bis* del c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 il dott. Giovanni Zucchini e udito per la parte ricorrente il difensore, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Accam Spa – organismo di diritto pubblico operante nel settore della gestione ambientale – indiceva una gara d'appalto con procedura aperta per interventi di manutenzione e riparazione sull'impianto di termovalorizzazione della stessa Accam Spa sito in Busto Arsizio (VA).

La società ITR Srl, quale mandataria di una costituenda associazione temporanea di imprese (ATI), era esclusa dalla procedura, per la presunta mancanza nell'offerta del requisito di cui all'art. 15 del disciplinare di gara.

Contro il citato provvedimento di esclusione era proposto il ricorso in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Nessuna delle parti intimate si costituiva in giudizio.

In esito alla camera di consiglio del 20.4.2017, la domanda di sospensiva era rinunciata.

Alla successiva udienza camerale del 18.5.2017, fissata ai sensi dell'art. 120 comma 2 *bis* del c.p.a., la causa era trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è fondato, per le ragioni che seguono.

La società istante è stata esclusa dalla procedura per la mancanza del requisito di cui all'art. 15 del disciplinare di gara, il quale – in conformità alla previsione dell'art. 93, comma 8, del D.Lgs. 50/2016 – impone che l'offerta contenente la cauzione provvisoria del 2% dell'importo dell'appalto sia corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 103 del D.Lgs. 50/2016, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario.

In effetti, nel caso di specie, l'offerta della ricorrente non riporta tale impegno; tuttavia, come sostenuto nel gravame, tale omissione non comporta l'automatica esclusione dell'offerta, bensì l'onere per la stazione appaltante di attivare il procedimento di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, secondo periodo, del D.Lgs. 50/2016 (c.d. soccorso istruttorio a pagamento).

Infatti, la norma dell'art. 93, comma 8, che pure contiene l'inciso "a pena di esclusione", deve essere letta alla luce dell'ulteriore disposizione dell'art. 83, comma 9, che prevede (nel testo applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie) il soccorso istruttorio con pagamento di una sanzione pecuniaria, in caso di incompletezza, di mancanza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi della domanda, "con esclusione di quelli afferenti all'offerta tecnica ed economica".

Nel caso di specie, l'impegno di un terzo – vale a dire il fideiussore – al rilascio della garanzia per l'esecuzione del contratto non costituisce certamente un elemento dell'offerta tecnica o economica, bensì un differente elemento della domanda di partecipazione, riguardante il regime delle cauzioni da rilasciarsi da

parte degli operatori, ma non incide sul concreto contenuto dell'offerta tecnica o economica da valutarsi da parte della stazione appaltante ai fini dell'attribuzione del punteggio ai partecipanti alla procedura di gara.

La possibilità di regolarizzare la mancanza del succitato elemento (vale a dire l'impegno al rilascio della garanzia definitiva), non viola quindi il principio della "par condicio" dei concorrenti ed è anzi volta ad evitare l'esclusione per difetto di un elemento meramente formale.

Le conclusioni alle quali lo scrivente Collegio giunge con l'attuale pronuncia trovano conferma nella giurisprudenza formatasi nella vigenza del pregresso codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006), il cui articolo 75, comma 8, ricalcava l'attuale art. 93, comma 8 (cfr. sul punto, TAR Liguria, sez. II, 17.10.2016, n. 1023).

Parimenti, le medesime conclusioni sono confermate dalla circostanza che l'evoluzione legislativa è nel senso dell'ampliamento degli spazi del soccorso istruttorio, per evitare l'esclusione dalle pubbliche gare per omissioni meramente formali e prive di sostanziale rilevanza (cfr. il nuovo testo dell'art. 83, comma 9, così come introdotto dal D.Lgs. 56/2017 di correzione del D.Lgs. 50/2016).

Per effetto dell'accoglimento del presente gravame, deve essere annullato il provvedimento di esclusione, con conseguente onere di Accam Spa di avviare il soccorso istruttorio.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico della sola parte resistente, mentre possono essere interamente compensate nei confronti dell'altra parte evocata in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna Accam Spa al pagamento a favore della ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

Compensa per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Concetta Plantamura, Consigliere

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Giovanni Zucchini	**Angelo Gabbricci**

IL SEGRETARIO