



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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 465 del 2018, proposto da:
Ma.Ca. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli
avvocati Sergio Caracciolo, Marcello Distasi, con domicilio eletto presso la
Segreteria del Tribunale;

contro

Regione Siciliana - Assessorato Regionale dell'Economia, Regione Siciliana -
Dipartimento Regionale Bilancio e Tesoro, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata in
Catania, via Vecchia Ognina, 149;

per l'annullamento

a) del verbale di gara n. 4 del 14.2.2018, comunicato il 16.2.2018, nella parte in cui
la Commissione ha disposto l'esclusione dalla gara della ricorrente;

b) del verbale n. 1 del 24.1.2018, nella parte in cui la Commissione ha ritenuto di disporre il soccorso istruttorio, ex art. 83, comma 9 del Codice, ammettendo con riserva la ricorrente;

c) del Disciplinare di gara, in particolare degli artt. 14, punto A.5) e 19, ove intesi diversamente da quanto rappresentato e richiesto con il presente ricorso;

d) di ogni atto, ancorché non cognito, così come del silenzio rifiuto dell'Amministrazione resistente all'istanza di autotutela inviata dalla ricorrente il 20.2.2018.

nonché

per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti e subendi dalla ricorrente a causa dell'azione amministrativa, con riserva di quantificazione in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Siciliana - Assessorato Regionale dell'Economia e di Regione Siciliana - Dipartimento Regionale Bilancio e Tesoro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 il dott. Pancrazio Maria Savasta 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 e DIRITTO

La questione posta all'esame del Collegio concerne la perentorietà del termine per il soccorso istruttorio e l'essenzialità della cauzione provvisoria.

Il Collegio non ignora che questo stesso Tribunale, di recente (cfr. TAR Catania, IV, 16.2.2018, n. 382), si è espresso per la perentorietà del termine di soccorso istruttorio.

La detta decisione, però, riguardava la diversa questione relativa alla richiesta di certificazione in ordine ai servizi prestati e dichiarati nella documentazione amministrativa della gara, ai fini della prova della capacità economico - finanziaria. La parte interessata, per altro, in quel caso non aveva esitato la richiesta nei termini prescritti, sicché il seggio di gara, illegittimamente, secondo la predetta decisione, aveva concesso un ulteriore termine.

Nel caso di specie, viene in rilievo un adempimento che, per quanto sarà subito chiarito, non può comunque di per sé determinare l'esclusione dalla gara.

Invero, il motivo di estromissione di parte ricorrente consiste nella mancata indicazione, in conformità al *dictum* previsto nel disciplinare di gara, nella cauzione provvisoria dei singoli importi previsti per la garanzia relativa ai singoli 5 lotti alla cui assegnazione la ricorrente ha inteso partecipare, mentre risulta ivi inserito il corretto ammontare complessivo (quale somma degli stessi).

In ogni caso, la parte ricorrente si è tempestivamente attivata per esitare quanto richiesto con soccorso istruttorio attivato dal seggio di gara, incaricando il garante a regolarizzare la cauzione provvisoria nel senso sopra indicato.

Ed invero, la dichiarazione resa dal garante pur risultata errata, è stata regolarizzata, conformemente a quanto richiesto in sede di soccorso istruttorio, successivamente ai dieci giorni prescritti.

Ciò posto, va premesso (cfr. T.A.R. Basilicata, I, 27.7.2017, n. 531) che sia <<il previgente combinato disposto di cui agli artt. 38, comma 2 bis, e 46, comma 1 ter, D.Lg.vo n. 163/2006, sia il vigente art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016 non contemplano la suddetta condizione della già avvenuta costituzione della cauzione provvisoria alla data di presentazione dell'offerta e la Giurisprudenza (cfr. Sentenza

TAR Lazio Sez. III ter n. 8143 del 10.6.2015, confermata dalla Sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 1377 del 6.4.2016) ha statuito che . . . la cauzione provvisoria non assume la configurazione di un requisito di ammissione alla gara, che deve essere già posseduto entro il termine di presentazione delle offerte, ma costituisce una garanzia di serietà dell'offerta e di liquidazione preventiva e forfettaria del danno, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di appalto imputabile al concorrente a titolo di dolo o colpa e/o di esclusione dalla gara per l'assenza dei requisiti di ammissione alla gara>>.

Del resto, così come la previgente disciplina, l'art. 93 del codice degli appalti, mentre nulla dice in ordine alla garanzia provvisoria, al comma 8 espressamente stabilisce 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 104, qualora l'offerente risultasse affidatario. Il presente comma non si applica alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese>>.

Deriva già in linea di principio l'assoluta integrabilità dell'omissione denunciata dal seggio di gara, in quanto non relativa alla garanzia per l'esecuzione del contratto, la cui mancanza soltanto determina l'esclusione automatica.

Ciò posto, vero è che il comma 9 dell'art. 83 del codice degli appalti sancisce la perentorietà del termine per il soccorso istruttorio, per cui è condivisibile che l'introduzione di una deroga, mediante previsione di un termine ulteriore, importi la violazione del principio della par condicio, essendosi consentito ad alcuni dei concorrenti di integrare la produzione di atti o documenti dopo la scadenza dei termini fissati (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017 n. 5382).

Nel caso di specie, però, non può dirsi che, a monte, non sussista la necessaria garanzia, posto che la cauzione prestata, pur non suddivisa per i singoli lotti così come richiesto dal disciplinare di gara, comunque è stata prestata per l'intero, sicché l'Amministrazione, comunque, è certamente garantita nel caso di mancata stipula di tutti i lotti.

In altri termini, la carenza da sanare appare per lo più meramente formale, essendo comunque salva la garanzia dell'Amministrazione, sicché la precisazione prevista e richiesta, più che un carattere integrativo della documentazione (comunque non prevista a pena di esclusione) assume un carattere confermativo di una produzione documentale già esistente.

La circostanza, unita alla pronta risposta della parte interessata, consente un ulteriore termine per il soccorso istruttorio, in quanto non integrativo, ma meramente confermativo di una circostanza deducibile dal documento già presente.

Consegue l'accoglimento del ricorso e l'annullamento della impugnata esclusione della ricorrente.

Le spese del giudizio, in ragione della richiesta formale ottemperanza al disciplinare di gara, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e dispone la riammissione alla selezione della parte ricorrente. Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente, Estensore

Dauno Trebastoni, Consigliere
Antonino Scianna, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO