

Pubblicato il 11/04/2019

N. 00464/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01453/2018 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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1453 del 2018, proposto da Gianni Botter Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Camilotti, Silvia Frigo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Treviso, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Coniglione, Giampaolo De Piazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonello Coniglione in Treviso, via Municipio 16;

nei confronti

Free Energy Saving S.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia e adozione delle opportune misure cautelari ex art. 55 c.p.a.

- del provvedimento di esclusione dalla “*procedura aperta per l'affidamento in concessione mediante project financing della progettazione definitiva, esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento ed efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione con annessa gestione ordinaria, programmata e straordinaria, ai sensi dell'art. 183 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, in conformità ai cam adottati con d.m. del 27/09/2017. CIG 7465803F85 – CPV: 34993000-4*”, gestita dal Comune di Treviso avvenuta con determinazione del R.U.P. del 23.11.2018, prot. n. 0167383/2018 (doc. 14);
- del riscontro negativo del R.U.P. all'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione inviato via pec in data 19.12.2018, avente prot. n. 176148/2018 (doc. 16);
- di ogni altro atto preordinato, presupposto e/o comunque connesso, con specifico riferimento a:
 - laddove occorra e nei limiti dell'interesse della Ricorrente, del verbale di gara del 08.10.2018, in particolare nella parte in cui la Commissione valutava come irregolari le garanzie prestate dalla stessa e attivava una procedura di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016 (doc. 5);
 - laddove occorra e nei limiti dell'interesse della Ricorrente, della comunicazione pec del Presidente del seggio di gara del 15.10.2018 con la quale si invitava la Ricorrente a presentare nuove garanzie (doc. 9);
 - laddove occorra e nei limiti dell'interesse della Ricorrente, del verbale di gara del 20.11.2018, in particolare nella parte in cui la

Commissione decideva di proporre l'esclusione della Gianni Botter Impianti s.r.l. dal procedimento di gara (doc. 8);

- laddove occorra e nei limiti dell'interesse della Ricorrente, della previsione di cui al punto 11 (in particolare paragrafi 11.2 e 11.3) del bando di gara, nella parte in cui prescrive particolari forme relativamente alle garanzie da prestare con l'offerta (doc. 1);

- di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento ad eventuali ulteriori provvedimenti conclusivi della procedura, non conosciuti.

Con riserva di motivi aggiunti e risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Treviso;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso indicato in epigrafe la ricorrente impugna, tra l'altro, il provvedimento con il quale è stata esclusa dalla *“procedura aperta per l'affidamento in concessione mediante project financing della progettazione definitiva, esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento ed efficientamento energetico degli impianti di pubblica illuminazione con annessa gestione ordinaria, programmata e straordinaria, ai sensi dell'art. 183 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, in conformità ai cam adottati con d.m. del 27/09/2017. CIG 7465803F85 – CPV: 34993000-4”*, indetta dal Comune di Treviso.

2. Tale esclusione è stata disposta per la presunta irregolarità ed incompletezza della documentazione afferente alla cauzione provvisoria ex art. 93 e alla cauzione ex art. 183, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016, presentata dalla ricorrente.

3. A tal riguardo, la ricorrente afferma di avere presentato, in sede di offerta, sia la garanzia fideiussoria provvisoria ai sensi dell'art. 93 del d.lgs. n. 50/2016, con decorrenza dal 18.09.2018, munita di atto notarile attestante il potere di firma del sottoscrittore e provvista di codice di verifica di validità, sia la garanzia fideiussoria richiesta per le ipotesi di finanza di progetto, ai sensi dell'art. 183, co. 13, del d.lgs. n. 50/2016, contenente espresso riferimento a tale norma, di importo corrispondente al 2.50% del costo complessivo previsto (pari a 243.500,63 €), con decorrenza dal 18.09.2018, munita anch'essa di atto notarile attestante il potere di firma del sottoscrittore, e provvista di codice di verifica di validità.

4. Nel corso della seduta pubblica del giorno 08.10.2018, la Stazione appaltante, nel procedere alla verifica delle dichiarazioni e della documentazione amministrativa prodotta dalla Gianni Botter Impianti s.r.l. (d'ora in poi anche Gianni Botter), ha invece ritenuto sussistenti le seguenti irregolarità nella documentazione presentata a corredo dell'offerta:

a) la cauzione ex art. 183, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 è stata prodotta in formato elettronico, con firma digitale del legale rappresentante del concorrente e di un soggetto delegato del fideiussore, secondo lo schema tipo approvato dal Ministero per la redazione della cauzione provvisoria ex art. 93 del d.lgs. n. 50/2016, senza specificare nella causale che la stessa viene prestata a titolo di garanzia per il rimborso delle spese sostenute dall'aggiudicatario per

la predisposizione dell'offerta, nel caso in cui il medesimo non accetti le modifiche apportate in sede di approvazione del progetto definitivo;

b) sia la cauzione ex art. 183, comma 13, sia la cauzione provvisoria ex art. 93 sono prive della autentica notarile attestante l'esistenza in capo al sottoscrittore di valido potere di impegnare il fideiussore per la somma garantita, come espressamente previsto ai punti 11.2 e 11.3 del bando di gara;

c) la concorrente ha prodotto con la propria offerta soltanto la scansione di una delega generale - redatta in data 20.10.2014 in forma notarile - alla firma di polizze assicurative per conto della società di assicurazione delegante.

5. La Stazione appaltante, ritenendo sanabili le suddette irregolarità, ha attivato una procedura di soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016, invitando la ricorrente a trasmettere una nuova cauzione ex art. 183, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016, contenente la causale richiesta, e una nuova cauzione provvisoria ex art. 93, entrambe corredate da autentica notarile di firma, attestante l'esistenza in capo al sottoscrittore di valido potere di impegnare il fideiussore per la somma garantita

6. L'odierna ricorrente ha prodotto nel termine di 10 giorni assegnatole, con pec del 25.10.2018, le scansioni degli originali analogici delle due garanzie richieste, accompagnate dall'autentica notarile di firma attestante il potere del sottoscrittore di impegnare il fideiussore e dalla relativa traduzione giurata, con contestuale dichiarazione del proprio legale rappresentante circa la conformità delle suddette scansioni rispetto agli originali analogici, in corso di trasmissione dall'Ungheria, sede del fideiussore.

7. La stessa, in data 30.10.2018, ha inoltre prodotto gli originali analogici dei suddetti documenti, assieme alla copia analogica di un'appendice di polizza formata e sottoscritta digitalmente, nella quale era riportata la data di decorrenza corretta (18.09.2018) della nuova polizza ex art. 183, nella quale era stata per mero errore riportata una data errata.

8. Nella seduta pubblica del 20.11.2018 il seggio di gara ha rilevato che:

a) gli originali delle polizze e l'appendice di modifica della decorrenza della garanzia sono pervenute dopo la scadenza del termine perentorio di 10 giorni assegnato per il soccorso istruttorio;

b) entro tale termine, invece, la ricorrente ha presentato la nuova cauzione ex art. 183, ma con decorrenza errata (dal 16.10.2018, anziché dal 18.09.2018) e altresì priva dell'indicazione di efficacia retroattiva, come espressamente richiesto;

c) peraltro, entrambe le cauzioni sono state trasmesse in copia informatica, senza attestazione notarile di conformità agli originali analogici, ex art. 22 del D.Lgs. n. 82/2005;

9. Con provvedimento del Rup, prot.n. 167383 del 23.11.2008, comunicato via pec in pari data, la ricorrente è stata quindi esclusa dalla procedura.

10. Stante l'esito negativo dell'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione presentata da Botter Impianti, la stessa ha quindi proposto l'odierno ricorso, prospettando le seguenti censure:

I) *“Illegittimità delle contestazioni mosse con la nota del 15.10.2018 che avviava il soccorso istruttorio. Conformità alla legge generale e speciale delle polizze a corredo dell'offerta depositate ab origine unitamente all'offerta*

medesima. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 93 e 183, co. 13, d.lgs. n. 50/2016 sulle forme delle garanzie ivi previste. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di economicità, efficacia, correttezza e proporzionalità di cui all'art. 30 d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016. Nullità del bando (limitatamente ai punti 11.2 e 11.3) per violazione e/o falsa applicazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e ss. c.c. nonché dell'art. 1393 c.c. Violazione del principio di trasparenza, imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost.. Eccesso di potere per discriminazione e sviamento”.

Con un primo articolato motivo di ricorso la ricorrente lamenta, sotto un primo profilo, che le contestazioni mosse dal seggio di gara nella seduta del 08.10.2018 sono del tutto pretestuose, dal momento che la polizza ex art. 183, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016 era perfettamente conforme alla legge e alla *lex specialis*. Difatti, pur essendo assente l'espressa dicitura “*a titolo di garanzia per il rimborso delle spese sostenute dall'aggiudicatario per la predisposizione dell'offerta, nel caso in cui il medesimo non accetti le modifiche apportate in sede di approvazione del progetto definitivo*”, la causale della polizza era comunque corretta e chiaramente intellegibile, sia per la presenza nella stessa di un'espressa indicazione che si trattava della “*cauzione ai sensi dell'art. 183 comma 13 del d.lgs. 50/2016*”, sia per l'ammontare dell'importo garantito, corrispondente esattamente al 2.50% del valore dell'investimento, previsto dall'art. 183, comma 13, sia perché tale importo (di € 243.500,63) era stato appositamente determinato in siffatto ammontare dal bando, in conformità alle prescrizioni del codice, proprio al fine specifico del rilascio della cauzione *de qua*.

Dunque, la natura e la funzione della polizza si sarebbero potute agevolmente individuare per mezzo degli ordinari criteri di interpretazione del contratto, ex artt. 1362 e ss. c.c. e non vi era alcuna incertezza sulla causale di emissione della polizza. Infine, anche ammesso che la polizza presentasse profili di incertezza sulla causale, la Stazione appaltante avrebbe dovuto richiedere soltanto la regolarizzazione della stessa e non l'emissione di una polizza nuova.

Sotto un secondo profilo, la ricorrente evidenzia che le clausole del bando che prevedevano la necessità di autentica notarile attestante il possesso del potere del sottoscrittore di impegnare il fideiussore non richiedevano tale adempimento, espressamente, a pena di esclusione. E in ogni caso, una tale previsione avrebbe costituito violazione del divieto di prevedere cause di esclusione fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, per la violazione di oneri meramente formali, non destinati cioè a tutelare interessi sostanziali dell'Amministrazione.

Sotto un terzo profilo, la ricorrente rileva altresì la contraddittorietà del comportamento tenuto dalla Stazione appaltante che, pur dando atto della presenza di una delega alla firma di polizze assicurative stipulate dalla società di assicurazione delegante, redatta in forma notarile, ha richiesto la presentazione di una nuova polizza con autenticazione notarile, imponendo così alla concorrente adempimenti formali del tutto eccessivi ed ingiustificati, non richiesti nemmeno dalla normativa civilistica in materia di rappresentanza. Tanto più che le polizze erano sottoscritte anche dai legali rappresentanti della società assicuratrice - i cui poteri risultavano attestati dallo stesso atto notarile prodotto con l'offerta - ed erano accompagnate da un codice controllo verificabile tramite il sito internet della società assicuratrice.

In ultimo, la ricorrente lamenta che mediante l'imposizione di adempimenti formali aggravanti, quali quelli sopra descritti, si eccederebbe dal fine tipico della disciplina codicistica in materia di cauzioni, in base alla quale ciò che rileva è soltanto la presenza di garanzie prestate dall'offerente valide ed autentiche. Validità ed autenticità che nel caso di specie, in realtà, non è mai stata messa in discussione, anche perché vi erano numerosi riscontri oggettivi, tra i quali la presenza del codice controllo verificabile tramite il sito internet della società assicuratrice.

In conclusione, la ricorrente afferma che le garanzie presentate erano sin dall'origine valide e conformi alla legge generale e speciale, che il preteso soccorso istruttorio, lungi dal favorire la partecipazione della ricorrente, si è risolto in un inutile aggravio degli oneri documentali e che tale lettura formalistica delle previsioni del codice (artt. 93 e 183) e del bando (punti 11.2 e 11.3) ha violato il principio di tassatività delle clausole di esclusione.

II) *“Illegittimità dell'esclusione all'esito del soccorso istruttorio. Conformità alla legge generale e speciale delle “nuove” polizze depositate in seguito all'attivazione del soccorso istruttorio. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 93 e 183, co. 13, d.lgs. n. 50/2016 sulle forme delle garanzie ivi previste. Violazione e/o falsa applicazione dei principi di economicità, efficacia, correttezza e proporzionalità di cui all'art. 30 d.lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016. Nullità del bando (limitatamente ai punti 11.2 e 11.3) per violazione e/o falsa applicazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016. Violazione del principio di trasparenza,*

imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. Eccesso di potere per discriminazione e sviamento”.

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente lamenta, in via subordinata, che - anche a voler ritenere legittima la richiesta dell'Amministrazione di presentare due polizze nuove - l'esclusione disposta all'esito del soccorso istruttorio sarebbe comunque illegittima. Difatti, anche in questa sede si sono richiesti adempimenti formali ed eccessivi, non giustificati da esigenze reali dell'Amministrazione, nonostante la ricorrente si sia attivata, in un'ottica di massima collaborazione con la Stazione appaltante, per acquisire e trasmettere tempestivamente le nuove polizze, con tutti i requisiti formali richiesti dall'Amministrazione.

In particolare, la ricorrente è stata esclusa, da un lato, per aver prodotto via mail, nel brevissimo termine di 10 giorni concesso dall'Amministrazione, copia digitale di due nuove garanzie fideiussorie, priva dell'attestazione di conformità agli originali analogici, rilasciata da un notaio o da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ai sensi dell'art. 22 del d.lgs. n. 82/2005; dall'altro lato, perché l'efficacia della seconda cauzione di cui all'art. 183, co. 13 del d.lgs. n. 50/2016 - per mero errore materiale, dovuto alla esiguità del termine concesso, a differenza della prima cauzione presentata, che invece riportava il termine di decorrenza corretto - risultava operante dal 16.10.2018, ovvero da una data successiva al termine di scadenza delle offerte (18.09.2018), come richiesto dalla legge di gara.

Peraltro, evidenzia la ricorrente che gli originali degli atti sono pervenuti solo 5 giorni dopo, assieme all'appendice di polizza contenente la correzione della data di decorrenza della polizza ex art. 183, co. 13, proprio come anticipato via mail dalla ricorrente. In tal

modo, quindi, è stata acquisita la piena e definitiva prova della autenticità delle polizze stesse.

Inoltre, trattandosi di formalità attinenti alla trasmissione in via digitale di copie di documenti nativi analogici, l'Amministrazione avrebbe dovuto dare rilievo soltanto alla effettiva esistenza del documento originale, indipendentemente dalle modalità di trasmissione della relativa copia.

Infine, la ricorrente lamenta anche l'eccessiva brevità del termine di dieci giorni assegnato per la presentazione delle nuove polizze e la mancata concessione di una proroga da parte della Stazione appaltante, tenuto conto delle peculiari circostanze del caso concreto.

In conclusione, quindi, tenuto conto anche del comportamento leale e collaborativo della Botter Impianti, l'Amministrazione non avrebbe dovuto escludere la ricorrente dalla gara, nemmeno all'esito del soccorso istruttorio.

11. Si è costituito in giudizio il Comune di Treviso, chiedendo il rigetto del ricorso nel merito.

In particolare, il Comune ha evidenziato che il soccorso istruttorio è stato legittimamente attivato dal seggio di gara per sanare le irregolarità oggettive riscontrate nelle polizze prodotte dalla ricorrente e che l'esclusione di Botter Impianti è dipesa dalla mancata trasmissione della documentazione richiesta in originale, nel termine perentorio di dieci giorni previsto per il soccorso istruttorio.

12. All'esito dell'udienza in Camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2019 l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente è stata accolta con ordinanza n. 10/2019.

13. In vista dell'udienza in Camera di consiglio fissata per la trattazione del ricorso nel merito le parti si sono scambiate memorie, documenti e repliche, insistendo ciascuna nelle proprie tesi e difese.

14. Il Comune, con la memoria conclusionale ex art. 73 c.p.a., ha eccepito per la prima volta l'inammissibilità del primo motivo di ricorso prospettato dalla ricorrente, evidenziando che la stessa avrebbe in realtà prestato acquiescenza alla richiesta del seggio di gara di produrre due polizze nuove, anziché pretendere la mera integrazione e regolarizzazione delle polizze già emesse.

15. All'esito della discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare occorre prendere in esame l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di censura sollevata dalla difesa del Comune resistente, che ha evidenziato il fatto che la Botter Impianti avrebbe a suo tempo prestato acquiescenza alla richiesta della Stazione appaltante di produrre due polizze fideiussorie nuove.

1.1 Tale eccezione, contrariamente a quanto eccepito dalla ricorrente, è ammissibile, poiché nel processo amministrativo non operano le preclusioni processuali di cui all'art. 167 c.p.c., secondo cui nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, e deve proporre, a pena di decadenza, le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Ne consegue che l'eccezione, nel processo amministrativo, può essere legittimamente sollevata dalla parte anche con la memoria conclusiva del giudizio, e persino nel corso dell'udienza di discussione del ricorso. Difatti, mentre il processo civile è caratterizzato da una rigida e ben definita scansione

in distinte fasi ed è quindi sorretto da un sistema di preclusioni processuali, il processo amministrativo non presenta *“una rigorosa successione di barriere preclusive alle attività di difesa delle parti e, in particolare, un termine entro cui le stesse debbano prendere posizione sulle asserzioni altrui. Il dies ad quem della contestazione specifica non può coincidere, per le parti intimate, con l'atto di costituzione, nel quale - a mente dell'articolo 46 c.p.a. - esse non hanno alcun onere di prendere posizione, a pena di decadenza, sui fatti indicati dal ricorrente. Inoltre, si tratta di un termine di carattere meramente ordinatorio (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2013, n. 5), e, comunque, la previsione in esame non impone tale attività processuale che, pertanto, dovrebbe individuarsi in via pretoria con violazione del principio che rimette al solo legislatore l'inserzione di previsioni che impongano preclusioni e decadenze (...)”* (cfr. in ultimo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 21.01.2019, n. 118).

1.2 Ciò chiarito, l'eccezione deve essere respinta.

Nel caso di specie, infatti, non può ritenersi che la ricorrente abbia effettivamente prestato acquiescenza alla mera richiesta della Stazione appaltante di produrre due polizze nuove: la ricorrente ha semplicemente dato seguito a tali richieste, attivandosi in modo leale e collaborativo per assicurare la miglior soddisfazione possibile delle esigenze prospettate dall'Amministrazione e spinta, come ovvio, dal preminente interesse a partecipare alla gara.

Ed invero, si può parlare di acquiescenza solo a fronte di un provvedimento amministrativo capace di produrre effetti sostanziali e definitivi nella sfera giuridica del destinatario e non certo verso un provvedimento meramente interlocutorio, emesso nell'ambito di un subprocedimento di soccorso istruttorio, volto alla integrazione

documentale degli atti presentati dalla concorrente in sede di gara e a sanare eventuali irregolarità essenziali.

Inoltre, nel caso di specie, comunque, mancano atti, comportamenti o dichiarazioni univoci, posti liberamente in essere dal destinatario dell'atto, che dimostrino la chiara e incondizionata volontà dello stesso di accettarne gli effetti e l'operatività.

A ben vedere, infatti, la ricorrente, sotto un primo profilo, non poteva dirsi effettivamente libera di aderire a quanto preteso dall'Amministrazione, ma la scelta di attivarsi per acquisire le polizze nuove è stata dettata e imposta dalla necessità e dalla volontà di non essere esclusa dalla gara.

A tal riguardo, si deve evidenziare che il soggetto deve agire libero da timori o aspettative. Pertanto, se l'esecuzione di un adempimento imposto dall'Amministrazione costituisce la condizione per ottenere un vantaggio immediato (quale, ad esempio, nel caso di specie, l'ammissione alla gara), non si è in presenza di una reale e piena accettazione della volontà dell'Amministrazione, ma solo una scelta dettata dall'opportunità di rinviare a un momento successivo l'inizio dell'eventuale controversia (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 20.11.2018, n. 11228).

Dunque, dal comportamento della ricorrente, che si è semplicemente adoperata per ottenere le nuove polizze, non può certamente desumersi una univoca e specifica volontà di rinunciare – a priori – al diritto di agire in giudizio a tutela dei propri interessi. Interessi la cui lesione, peraltro, in tale fase procedimentale, era solo potenziale ed eventuale.

Infine, è opportuno ricordare anche che la eventuale sussistenza dell'acquiescenza deve essere valutata con particolare rigore, sulla

base di elementi oggettivi e di molteplici riscontri, poiché da essa discende – appunto – la rinuncia al diritto di agire in giudizio, tutelato dagli artt. 24 e 111 Cost.. (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 23.11.2018 , n. 2642). E tale prova è del tutto assente nel caso di specie.

2. E' quindi possibile passare ad esaminare il primo motivo di ricorso nel merito.

Le censure prospettate sono fondate.

2.1 In primo luogo, il bando di gara richiedeva che la sottoscrizione delle polizze fideiussorie fosse autenticata da un notaio, con certificazione dell'esistenza del potere di impegnare il fideiussore per la somma garantita, in capo al sottoscrittore: la presenza di tale autentica, tuttavia, non era prevista a pena di esclusione. Ciò, di per sé, esclude che la carenza di un tale elemento potesse dar luogo ad esclusione dei concorrenti.

In ogni caso, al di là di quanto espressamente previsto dalla legge di gara, l'eventuale carenza dell'autentica non poteva comunque costituire motivo di esclusione dalla procedura di gara, dal momento che si sarebbe trattato di un'ipotesi di esclusione fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, in violazione dell'art. 83, comma 8 del d.lgs. n. 50/2016, per il mancato rispetto di una prescrizione di tipo formale, eccessivamente gravosa e sproporzionata, in quanto non indispensabile per la tutela di un interesse sostanziale dell'Amministrazione (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12.12.2016, n.2339).

A tal riguardo, ritiene il Collegio che la richiesta di autenticazione della sottoscrizione apposta dal fideiussore che rilascia le cauzioni

rientra tra gli oneri formali ingiustificatamente aggravatori degli adempimenti posti a carico dei concorrenti.

Infatti, le disposizioni del codice che prevedono tali cauzioni, nel caso di specie gli artt. 93 e 183, pur disciplinando in modo espresso vari aspetti delle cauzioni, non prevedono affatto la necessità di autenticazione della firme del sottoscrittore.

Del pari, la disciplina codicistica della fideiussione (artt. 1936 – 1957 cod. civ.) non contempla alcuna forma particolare per questo negozio.

Infine, *“in base alle regole generali sulla rappresentanza colui che contrae col rappresentante «può sempre esigere che questi giustifichi i suoi poteri», eventualmente attraverso «copia da lui firmata» dell’atto sulla cui base tali poteri sono stati conferiti (art. 1393 cod. civ.). Pertanto, attraverso la «giustificazione dei poteri del rappresentante» (rubrica dell’articolo del codice civile ora richiamato) nelle forme ora descritte già al momento della stipula è consentito avere certezza sulla validità ed efficacia di quest’ultimo.*

16. Per contro, la clausola della lettera di invito in esame onera il partecipante ad una procedura di affidamento di un adempimento ulteriore che, come finora delineato, la legge non richiede ai fini della prova del potere rappresentativo e che consiste nel reperire un ufficiale autorizzato – nel caso di specie un notaio – ai fini dell’autenticazione della sottoscrizione apposta in calce alla fideiussione e dell’attestazione circa i poteri di rappresentanza del soggetto sottoscrittore per conto del fideiussore” (cfr. Cons. Stato, sez.V, 30.10.2017, n. 4976; cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 24.05.2018, n.3121).

In conclusione, la carenza dell’autentica notarile nelle polizze presentate non poteva comportare l’esclusione della concorrente.

2.2 Ciò chiarito, occorre ulteriormente precisare che la mancanza delle attestazioni notarili non costituiva una carenza sostanziale

dell'offerta, ovvero una irregolarità essenziale ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, da sanare attraverso il soccorso istruttorio, nel termine perentorio di 10 giorni.

Infatti, le garanzie richieste dalla legge e dalla *lex specialis*, nel caso di specie, erano presenti e oggettivamente idonee a svolgere la relativa funzione.

La mancanza dell'autenticazione della firma del sottoscrittore e dell'attestazione relativa ai poteri di esso, non ha comportato quindi l'incompletezza della documentazione che costituiva parte integrante dell'offerta.

Ed invero, tali attestazioni non costituiscono elemento essenziale ed autonomo dell'offerta, ma attengono al contenuto formale della garanzia, ai requisiti oggettivi della stessa, che possono essere accertati anche successivamente, senza inficiare la *par condicio competitorum* e senza necessità di attivare il soccorso istruttorio (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I bis, 15.12.2011, n. 9791).

2.3 Peraltro, nel caso di specie erano presenti anche numerosi elementi oggettivi che potevano indurre a ritenere autentiche le polizze presentate, come la presenza – seppure in copia – di una delega notarile, rilasciata a favore del sottoscrittore, alla firma di polizze assicurative stipulate dalla società di assicurazione delegante.

Le polizze, inoltre, risultavano sottoscritte anche dai legali rappresentanti della società assicuratrice, i cui poteri erano attestati nell'atto notarile allegato.

Infine, sulle polizze era presente anche un codice di controllo per la verifica dell'autenticità per mezzo del sito web della società.

Dunque, non vi erano ragioni per ritenere che le polizze presentate non fossero autentiche. Vi erano, al contrario, numerosi e

significativi indizi, sulla base dei quali si poteva ritenere comunque soddisfatto l'interesse (sostanziale) dell'Amministrazione ad ottenere polizze autentiche.

2.4 Alla luce di quanto precede, anche ammesso che la Stazione appaltante avesse ritenuto opportuno verificare la genuinità delle polizze presentate dalla ricorrente, avrebbe potuto, al massimo, richiedere integrazioni e chiarimenti, per accertare la regolarità della documentazione di gara, senza poter imporre il rispetto di un termine perentorio, a pena di esclusione.

2.5 Argomentazioni analoghe valgono anche con riferimento alle ulteriori irregolarità evidenziate dal seggio di gara nella seduta del 08.10.2018, con riferimento alla cauzione ex art. 183, comma 13 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero l'utilizzo dello schema tipo di garanzia approvato con D.M. n. 31 del 19.01.2018 per la cauzione provvisoria e la mancanza nella causale della dicitura espressa *“a titolo di garanzia per il rimborso delle spese sostenute dall'aggiudicatario per la predisposizione dell'offerta, nel caso in cui il medesimo non accetti le modifiche apportate in sede di approvazione del progetto definitivo”*.

Da un lato, la Stazione appaltante non ha evidenziato quali fossero le difformità sostanziali del modello ministeriale previsto per la cauzione provvisoria e il contenuto della cauzione ex art. 183, comma 13 richiesta per il project financing. Tanto che, nella richiesta di produzione di una nuova polizza rivolta alla ricorrente, non è stato richiesto l'utilizzo di uno specifico modello per la cauzione ex art. 183, comma 13 (cfr. doc. 5 del Comune), ma si è chiesto soltanto l'inserimento della sopra richiamata dicitura nella causale. Dal che deve desumersi l'irrilevanza di tale elemento per l'Amministrazione.

Dall'altro lato, l'inserimento della formula esplicita sopra evidenziata nella polizza appare del tutto superflua. La polizza prodotta, infatti, conteneva la dicitura espressa “*cauzione ai sensi dell'art. 183 comma 13 del d.lgs. 50/2016*”. Inoltre, la stessa era stipulata per un importo corrispondente al 2.50% del valore dell'investimento, come previsto dall'art. 183, comma 13. Infine, tale importo coincideva esattamente con quello predeterminato dallo stesso bando di gara, in conformità alle prescrizioni del codice, per il rilascio della cauzione in esame. Non vi era quindi alcuna incertezza sulla funzione, sulla natura e sull'entità della causale di emissione della polizza, agevolmente ed inequivocabilmente desumibile dal contenuto del documento.

Anche in questo caso, pertanto, non erano configurabili irregolarità essenziali, carenze dell'offerta, da sanare per mezzo del soccorso istruttorio, né tanto meno per mezzo dell'emissione di polizze nuove. Al più, la Stazione appaltante avrebbe potuto, anche in questo caso, chiedere chiarimenti ed integrazioni delle polizze prodotte, verificandone i requisiti, ma non l'emissione di polizze nuove.

2.6 In conclusione, poiché le polizze originariamente prodotte non presentavano irregolarità essenziali e l'offerta della ricorrente risultava completa, nel caso di specie non vi erano i presupposti per l'attivazione del soccorso istruttorio, né tanto meno l'Amministrazione poteva chiedere l'emissione di due polizze nuove da presentare nel termine perentorio di 10 giorni previsto dal codice dei contratti pubblici, a pena di esclusione della ricorrente.

2.7 D'altra parte, nell'espletamento delle procedure di gara deve essere assicurato il rispetto del principio di massima partecipazione, “*evitando interpretazioni eccessivamente restrittive e formalistiche, quindi ostative*

alla partecipazione ed in contrasto con la regola legislativa della tassatività delle cause di esclusione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 23 dicembre 2017, n. 2476)” (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 08.05.2018, n. 3067).

2.8 Dunque, il primo motivo deve essere accolto.

3. L'accoglimento del primo motivo di ricorso, prospettato dalla ricorrente in via principale, esime il Collegio dalla necessità di trattare la seconda censura, proposta in via subordinata.

Fermo restando quanto sopra affermato, si ritiene tuttavia di evidenziare che anche l'esclusione della ricorrente per superamento del termine perentorio di 10 giorni concesso per la produzione delle nuove polizze, comporterebbe violazione del divieto di esclusione fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge.

Infatti, il superamento del termine in questione è stato determinato proprio dalla necessità di rispettare gli oneri formali imposti dalla normativa di gara e, quindi, la conseguente esclusione dalla gara, anche in questo caso, è la diretta conseguenza del mancato rispetto degli oneri formali ingiustificatamente aggravatori degli adempimenti posti a carico dei concorrenti.

Inoltre, anche a voler ritenere, per astratta ipotesi, legittima l'attivazione del soccorso istruttorio e la richiesta di polizze nuove, nel caso di specie vi erano ragioni oggettive che avrebbero dovuto comunque indurre la Stazione appaltante a ritenere ammissibili i documenti originali pervenuti solo 5 giorni dopo la scadenza del termine perentorio di 10 giorni assegnato.

Difatti, la ricorrente ha sin da subito prestato la massima collaborazione e si è tempestivamente attivata per acquisire e

produrre le nuove polizze, nonostante tale sostituzione non fosse affatto necessaria, come sopra dimostrato.

Inoltre, vi erano ragioni oggettive di difficoltà nel reperire, entro il termine ristretto di 10 giorni, le due nuove polizze dalla società assicuratrice avente sede all'estero, l'autentica notarile della sottoscrizione attestante i poteri di firma e la relativa traduzione giurata.

La ricorrente, nel termine suddetto ha comunque trasmesso la copia digitale degli originali analogici, rappresentando che gli stessi erano in corso di trasmissione e che sarebbero giunti di lì a poco.

Infine, le nuove polizze, in originale, con l'autentica di firma e con le altre caratteristiche richieste dalla Stazione appaltante sono state effettivamente prodotte dalla ricorrente, con un ritardo davvero esiguo e giustificabile in base alle circostanze del caso concreto.

4. Visto tutto quanto precede, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, devono essere annullati i provvedimenti impugnati, con conseguente riammissione della ricorrente alla procedura di gara.

5. Fermo restando quanto già disposto per le spese della fase cautelare, condanna l'Amministrazione resistente alla refusione delle spese della presente fase del giudizio nei confronti della ricorrente, secondo il criterio della soccombenza, liquidandole nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, con conseguente riammissione della ricorrente alla procedura di gara.

Fermo restando quanto già disposto per le spese della fase cautelare, condanna l'Amministrazione resistente alla refusione delle spese di lite nei confronti della ricorrente, liquidandole in complessivi euro 1.000,00 (mille/00), oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Silvia De Felice

IL PRESIDENTE

Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO