



DELIBERA N. 609

8 settembre 2021

Oggetto

Istanza di parere singola per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da [OMISSIS] S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI [OMISSIS] – [OMISSIS] S.p.A. – Procedura aperta per la conclusione di un accordo Quadro di lavori per manutenzione rete autostradale di competenza della Direzione 5 Tronco di Fiano Romano-Roma - Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa - Importo a base di gara: € 9.000.000,00 - S.A.: Autostrade per l'Italia S.p.A. Direzione 5 Tronco Roma di Fiano Romano (RM)

PREC 165/2021/L

Riferimenti normativi

Articolo 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

Soccorso istruttorio – Ulteriori chiarimenti

Massima

Soccorso istruttorio - Polizza fideiussoria – Appendice – Persistenti ambiguità – Interpretazione del contratto – Ulteriori chiarimenti

Qualora l'Appendice di precisazione della polizza fideiussoria prodotta in sede di soccorso istruttorio non chiarisca i dubbi circa l'entità della somma assicurata e la stazione appaltante non ricorra ai criteri legali di interpretazione del contratto, i principi di economicità, correttezza, leale collaborazione e *favor participationis* richiedono che la stazione appaltante dia luogo ad un'interlocuzione con l'operatore economico finalizzata ad ulteriore precisazione e chiarificazione dei dubbi emersi dall'analisi della documentazione prodotta, giudicata non esaustiva o pienamente soddisfacente.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza dell'8 settembre 2021



Vista l'istanza acquisita al prot. n. 53458 dell'8 luglio 2021, nella quale l'operatore economico [OMISSIS] S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI [OMISSIS] – [OMISSIS] S.p.A., ha censurato l'esclusione dalla gara disposta nei confronti dell'ATI di cui è capogruppo per non avere fornito chiarimenti esaustivi alla richiesta di soccorso istruttorio relativamente alla precisazione della somma assicurata tramite la polizza fidejussoria presentata ex art. 93, comma 1, d.lgs. n. 50/2016. L'Istante ha rappresentato di avere prodotto in sede di offerta una polizza fidejussoria recante, per un errore materiale addebitabile all'ente assicuratore, l'indicazione errata della somma assicurata (52.000,00 euro invece di 72.000,00) e di avere allegato alla polizza, al fine di sanare tale circostanza, un'appendice di precisazione in cui veniva esplicitato che *"la somma garantita è più precisamente € 72.000,00"*. La stazione appaltante, in sede di verifica della documentazione amministrativa, ha evidenziato la *"discordanza tra l'importo indicato, l'importo rettificato in appendice e quello ripetuto nella stessa pagina dell'appendice"* e ha pertanto attivato il soccorso istruttorio al fine di conseguire informazioni e/o dichiarazioni integrative al riguardo. Avendo ritenuto che l'ulteriore appendice di precisazione presentata dal concorrente per corrispondere alla richiesta avanzata ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, non eliminasse l'ambiguità relativa all'effettiva somma assicurata, la stazione appaltante ha escluso l'ATI istante;

Visto l'avvio dell'istruttoria comunicato in data 15 luglio 2021 con nota prot. n. 55483;

Vista la replica della stazione appaltante, affidata alla nota acquisita al prot. n. 56756 del 20 luglio 2021, nella quale Autostrade ha puntualizzato che la documentazione trasmessa dall'istante in riscontro al procedimento di soccorso istruttorio non è stata ritenuta idonea a fugare l'incertezza circa la somma assicurata perché l'Appendice di precisazione, all'interno del riquadro "Oggetto appendice", reca la seguente dicitura: *"con la presente appendice che forma parte integrante della polizza suindicata si precisa quanto segue: a differenza di quanto erroneamente indicato in polizza la somma garantita è di euro 72.000,00 (...)"*, mentre immediatamente sotto al predetto riquadro è nuovamente indicata quale "Attuale somma assicurata" la cifra di € 52.000,00;

Vista la documentazione acquisita agli atti;

Considerato preliminarmente che l'integrazione tramite appendice postuma della polizza fideiussoria in sede di soccorso istruttorio è da ritenersi pacificamente consentita. L'Autorità in diverse occasioni ha considerato che l'istituto trova applicazione con riferimento ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità riferita alla cauzione, purché la cauzione prodotta sia già stata costituita alla data di presentazione dell'offerta e decorra da tale data, onde scongiurare la violazione del principio di par condicio (Delibera n. 372 del 17 aprile 2019; Delibera n. 339 del 28/03/2018; delibera n. 681 del 29/07/2020). In particolare, il Bando-Tipo n. 1/2017 prescrive, al paragrafo 10, che *«È sanabile, altresì, la presentazione di una garanzia di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle sopra indicate (intestazione solo ad alcuni partecipanti al RTI, carenza delle clausole obbligatorie, etc.)»*. L'orientamento dell'Autorità è in linea con la giurisprudenza che ha riconosciuto come invalidità sanabile ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 la mancanza ovvero la presentazione di una cauzione provvisoria di importo insufficiente, incompleto o deficitario rispetto a quello richiesto dalla *lex specialis* (ex multis, cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 399/2020);

Viste le due Appendici di precisazione prodotte dall'istante ad integrazione del testo della polizza fidejussoria. Una prima appendice, allegata al testo della polizza prodotta in sede di offerta, costituita da un modulo contenente i dati anagrafici e contrattuali e un riquadro denominato "oggetto appendice" all'interno del quale è riportato il seguente testo: *"Con la presente appendice si precisa che la somma garantita è più precisamente euro 72.000,00. Fermo il resto"*. Nella riga sottostante, nello spazio dove indicare l'"Attuale somma assicurata", è tuttavia ancora riportata la somma di 52.000,00 euro. Una seconda appendice, fatta pervenire alla stazione appaltante a riscontro della richiesta di chiarimenti, costituita dallo stesso modulo recante gli stessi dati, ivi compresa l'ammontare dell'attuale somma assicurata (indicata sempre in 52.000,00 euro),



dove nel riquadro denominato "oggetto appendice" è inserito il seguente testo: *"Con la presente appendice che forma parte integrante della polizza suindicata si precisa quanto segue: a differenza di quanto erroneamente indicato in polizza la somma garantita è di euro 72.000,00 (...). Fermo e invariato il resto";*

Considerato che le Appendici richiamate costituiscono parte integrante della polizza fidejussoria cui fanno espressamente rinvio. Secondo lo schema di appendice utilizzato in entrambi i casi, la parte del modello deputata a contenere la manifestazione di volontà negoziale finalizzata ad integrare o modificare il testo della polizza sembra essere solo quella indicata come "oggetto appendice", dove, soprattutto nell'"Appendice di precisazione" prodotta in sede di soccorso istruttorio, le parti contraenti hanno indicato in modo inequivocabile che la somma garantita ammonta a 72.000,00 euro, in deroga a quanto previsto nella polizza (*"...a differenza di quanto erroneamente indicato in polizza..."*). Le rimanenti parti del modulo appaiono un riepilogo dei dati identificativi del contratto, mantenuto (erroneamente) immutato nonostante le modifiche apportate tramite l'appendice stessa, ma privo di efficacia negoziale (anche l'indicazione del contraente non è linea con il contenuto dell'appendice, giacché risulta ancora indicata la sola [OMISSIS] SpA e non l'ATI [OMISSIS] SpA-[OMISSIS] S.p.A.). Pertanto, a fronte delle rilevate contraddittorietà, si ritiene che la stazione appaltante [OMISSIS]ebbe dovuto procedere alla ricostruzione della comune intenzione delle parti (art. 1362 c.c.) secondo i canoni legali di ermeneutica contrattuale, tenendo in considerazione quella che appare essere la (sola) manifestazione di volontà contenuta nel riquadro "oggetto appendice", senza necessità di acquisire ulteriori informazioni;

Visto che la stazione appaltante, a fronte delle rilevate persistenti ambiguità, ha invece proceduto all'esclusione dell'istante senza ulteriormente indagare sull'effettiva intenzione dei contraenti circa la somma assicurata;

Ritenuto condivisibile ciò che la giurisprudenza ha affermato sul tema della condotta dovuta dalla stazione appaltante qualora i chiarimenti ottenuti dall'operatore in risposta ad una prima richiesta di soccorso istruttorio abbiano generato ulteriori dubbi ovvero non abbiano completamente risolto ogni incertezza sulla documentazione prodotta, e inducano la stazione appaltante a richiedere altre precisazioni. A riguardo il Consiglio di Stato ha ritenuto che nulla osta a che la stazione appaltante, avendo ricevuto i chiarimenti richiesti, dia luogo ad un'interlocuzione con l'operatore economico finalizzata ad ulteriore precisazione e chiarificazione dei dubbi emersi dall'analisi della documentazione prodotta, giudicata non esaustiva o pienamente soddisfacente (Cons. Stato, V, n. 69/2019). Alla base di tale conclusione, i principi generali di economicità, efficacia, tempestività e correttezza per l'aggiudicazione dell'appalto (art. 30, comma 1, d.lgs. 50 cit.), che sarebbero evidenti lesi qualora l'esclusione di un'offerta valida sia dovuta solo a carenze documentali, unitamente al principio di proporzionalità, di leale collaborazione ed a quello del *favor participationis* che inducono, senz'altro, a ritenere possibile, anche dopo l'attivazione del soccorso istruttorio – e, comunque, in ragione degli esiti di questo – un dialogo con l'operatore economico finalizzato a consentire la presentazione di ulteriori chiarimenti e precisazioni, per essere i primi non adeguati né esaustivi delle richieste della stazione appaltante (*cfr.*, Cons. Stato, cit.);

Ritenuto che la decisione della stazione appaltante di procedere all'esclusione dell'ATI istante senza porre in essere un'adeguata attività interpretativa sulla base dei criteri normativi di interpretazione del contratto o, in subordine, senza richiedere ulteriori chiarimenti, appare in contrasto con i richiamati principi generali che informano la disciplina dei contratti pubblici;

Il Consiglio

ritiene, nei limiti delle motivazioni che precedono,

- non conforme alla normativa di settore l'esclusione dell'ATI [OMISSIS] – [OMISSIS] S.p.A.



Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 settembre 2021

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente