

Publicato il 10/01/2020

**N. 00017/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00515/2019 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 Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 515 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Icarusnet S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Referza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Valentina Sanna in Cagliari, viale Dante Alighieri, n. 32;

*contro*

Enas - Ente Acque della Sardegna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata ex lege in Cagliari, via Dante n. 23/25;

*nei confronti*

Italspazio S.r.l., non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

- della determinazione dirigenziale dell'Ente Acque della Sardegna n. 522 del 5 giugno 2019, comunicata in pari data, con cui il Direttore del Servizio ha “escluso dalla procedura di gara in oggetto l'operatore economico Icarusnet srl”; nonché, per quanto occorra e nei limiti segnati dall'interesse a ricorrere, di tutti gli atti ed i verbali delle operazioni di gara; dell'eventuale aggiudicazione di estremi ignoti; nonché degli atti presupposti, quivi inclusi per quanto possa occorrere gli atti endoprocedimentali (note Ente Acqua della Sardegna in data 8, 20 e 24 maggio 2019), e quelli presupposti, connessi, conseguenti agli atti ed al provvedimento espulsivo; nonché, per la dichiarazione di inefficacia, ai sensi degli artt. 121 e 122 d.lgs. 104/2010, del contratto di appalto eventualmente stipulato tra Ente Acque della Sardegna e la società controinteressata; e per la condanna di Ente Acque della Sardegna al risarcimento del danno in forma specifica in favore della ricorrente, mediante l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto con Icarusnet s.r.l.; in subordine al risarcimento per equivalente del danno ingiusto derivante dall'illegittima adozione dei provvedimenti impugnati, costituito dal mancato utile conseguito e dal danno curriculare; e con i motivi aggiunti depositati il 14 ottobre 2019, per l'annullamento:
- della determinazione dirigenziale dell'Ente Acque della Sardegna n. 883 del 6 agosto 2019, con la quale il Direttore del Servizio Appalti, Contratti e Patrimonio ha aggiudicato alla società Italspazio s.r.l. il Servizio di connettività satellitare per il collegamento dei sistemi di telecontrollo ai centri di raccolta dati per il periodo 3 agosto 2019 - 31 dicembre 2020;

e per la condanna di Ente Acque della Sardegna al risarcimento del danno in forma specifica in favore della ricorrente, mediante l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del contratto con Icarusnet s.r.l.; e, in subordine, al risarcimento per equivalente del danno ingiusto derivante dall'illegittima adozione dei provvedimenti impugnati, costituito dal mancato utile conseguito e dal danno curriculare.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Enas - Ente Acque della Sardegna;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2019 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. – La ricorrente Icarusnet s.r.l. ha partecipato alla procedura negoziata indetta da ENAS (Ente Acque della Sardegna), per l'affidamento del servizio di connettività satellitare per il collegamento dei sistemi di telecontrollo ai centri di raccolta dati per il periodo 3 agosto 2019 – 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), sulla base del criterio del minor prezzo.

Nella seduta di gara del 7 maggio 2019, il RUP procedeva all'apertura dei plichi contenenti le domande di partecipazione pervenute entro i termini, rilevando l'omessa presentazione - da parte di Icarusnet s.r.l. – della garanzia provvisoria richiesta dal bando di gara. Con nota

dell'8 maggio 2019, il RUP comunicava a Icarusnet l'apertura della procedura di soccorso istruttorio e l'ammissione con riserva alla competizione, chiedendo che la documentazione di gara venisse integrata con la presentazione della garanzia provvisoria e avvertendo che il documento comprovante tale requisito avrebbe dovuto avere data non successiva a quella di scadenza delle offerte (6 maggio 2019).

Con nota del 17 maggio 2019, la società inviava la garanzia provvisoria, rilasciata in data 15 maggio 2019.

In data 20 maggio 2019, la stazione appaltante comunicava a Icarusnet s.r.l. l'avvio della procedura di esclusione in quanto la fideiussione riportava una data successiva a quella di presentazione dell'offerta.

2. - Con la determinazione n. 522 del 5 giugno 2019, l'Ente Acque della Sardegna ha escluso la ricorrente dalla procedura di gara per aver prodotto, in sede di soccorso istruttorio, una polizza fideiussoria (quale cauzione provvisoria a corredo dell'offerta) *«emessa in data successiva alla scadenza delle offerte fissata per il giorno 06/05/2019»*, sul presupposto che il *«soccorso istruttorio non può essere utilizzato per consentire la produzione tardiva di un requisito sostanziale (o richiesto a corredo/garanzia dell'offerta) inesistente al momento di trasmissione dell'offerta alla stazione appaltante»*.

3. - Con il ricorso in esame, la società chiede l'annullamento della predetta determinazione dirigenziale dell'Ente Acque della Sardegna, nonché degli altri atti meglio indicati in epigrafe, deducendo l'illegittimità del provvedimento di esclusione per la violazione del disciplinare di gara e dell'art. 93 del codice dei contratti pubblici.

4. - Si è costituito in giudizio l'Ente Acque della Sardegna, chiedendo che il ricorso sia respinto.

5. - Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

6. - Con il primo motivo, la ricorrente deduce la violazione del disciplinare di gara, il quale (al punto 3.2.3.), in tema di requisiti di qualificazione e di accesso alla gara, ha previsto che la *«mancata presentazione della cauzione provvisoria, la presentazione di una cauzione di valore inferiore o priva di una o più caratteristiche tra quelle sopra indicate, potrà essere sanata previo pagamento alla stazione appaltante della sanzione pecuniaria di cui al punto 6.0 paragrafo 35 della presente lettera di invito. In caso di mancata sanatoria la stazione appaltante procederà all'esclusione del concorrente della procedura di gara»*. Pertanto, il soccorso istruttorio potrebbe essere attivato anche nel caso di garanzia provvisoria rilasciata e presentata dopo il termine perentorio per la presentazione della domanda di partecipazione, non essendoci preclusioni in tal senso.

Inoltre, le previsioni della legge di gara sarebbero del tutto conformi alle disposizioni del codice dei contratti pubblici (art. 83, comma 9, e art. 93), le quali consentono al concorrente di evitare l'esclusione qualora - pur non avendo prodotto la garanzia provvisoria in allegato all'offerta, o avendola prodotta in modo irregolare o incompleto - assolvà puntualmente, nel termine posto dall'amministrazione in sede di soccorso istruttorio, all'onere di integrare o regolarizzare la garanzia.

Sostiene, infine, la ricorrente che la mancata presentazione della cauzione provvisoria non sarebbe in ogni caso sanzionata con l'esclusione dalla procedura di gara, dal momento che l'art. 93 cit.

non contiene alcuna previsione in tal senso (mentre, al comma 8, prevede espressamente l'esclusione per la mancata produzione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva, qualora l'offerente risultasse affidatario). Per cui, anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione, dovrebbe ritenersi che la carenza e le irregolarità della cauzione provvisoria non possono giustificare l'esclusione della partecipante dalla gara.

7. - Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione dei principi dell'autovincolo e dell'affidamento, posto che la stazione committente, dettando la legge di gara, si è autovincolata ad applicare l'istituto del soccorso istruttorio nel caso di mancata presentazione della cauzione provvisoria.

8. - I due motivi possono essere trattati unitariamente, essendo incentrati su questioni strettamente connesse.

8.1. - In primo luogo, in ordine logico, occorre stabilire se – in linea generale – la mancata presentazione della cauzione provvisoria, a corredo dell'offerta, rilevi quale causa di esclusione dalla procedura di gara.

8.2. - Secondo la ricorrente, la mancanza di una espressa previsione testuale, nell'art. 93 del codice dei contratti, diretta a sanzionare con l'esclusione la violazione della prescrizione che impone di corredare l'offerta con la garanzia provvisoria, impedirebbe alla stazione appaltante – per effetto del principio di tassatività delle cause di esclusione (art. 83, comma 8, ultimi due periodi, del codice dei contratti pubblici: *«I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle»*) – di adottare il provvedimento di esclusione dalla gara.

8.3. - Tuttavia, si tratta di una ricostruzione interpretativa non condivisibile, soprattutto alla luce dell'orientamento da tempo espresso sul punto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con riguardo alla originaria introduzione nell'ordinamento del principio di tassatività delle cause di esclusione, dovuta all'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione rimasta sostanzialmente immutata nel testo di cui all'art. 83 citato), secondo cui fra le cause di esclusione previste dalla disciplina sui procedimenti di affidamento di contratti pubblici rientrano non solo le ipotesi di violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi, le quali prevedano espressamente - quale conseguenza della violazione - l'esclusione dalla gara, ma anche quelle norme che impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l'esclusione (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9).

8.4. - Seguendo l'indirizzo della Plenaria, l'adempimento imposto dall'art. 93, comma 1, del codice dei contratti pubblici deve ritenersi compreso nell'ambito delle prescrizioni il cui rispetto è presidiato dalla conseguenza dell'esclusione dalla gara, in primo luogo, per le espressioni letterali contenute nella disposizione; e ciò soprattutto dopo la modifica al comma 1 dell'art. 93 cit. operata dall'art. 59 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che, prevedendo la facoltà della stazione appaltante di non richiedere la garanzia provvisoria solo nelle procedure di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), del codice, dimostra - argomentando a contrario - che il richiedere la cauzione provvisoria costituisce per l'amministrazione (e, di riflesso, per i

partecipanti alla gara) un adempimento doveroso in tutte le altre procedure di affidamento.

Inoltre, la prescrizione svolge una funzione essenziale anche sul piano dell'interesse dell'amministrazione procedente a concludere celermente la gara, prevedendo uno strumento attraverso il quale sollecitare l'aggiudicatario a stipulare il contratto e nel contempo assicurare la liquidazione anticipata del danno per il caso di mancata stipula.

8.5. - Peraltro, l'omessa allegazione della cauzione provvisoria non preclude il soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici.

8.6. - La ricorrente ha peraltro sostenuto che il disciplinare di gara (al punto 3.2.3.), prevedeva che la *«mancata presentazione della cauzione provvisoria [...] potrà essere sanata previo pagamento alla stazione appaltante della sanzione pecuniaria di cui al punto 6.0 paragrafo 35 della presente lettera di invito»*, con la conseguenza che il soccorso istruttorio poteva essere attivato anche nel caso di garanzia provvisoria rilasciata e presentata dopo il termine perentorio per la presentazione della domanda di partecipazione.

8.7. Tale tesi non è condivisibile.

Sebbene effettivamente la citata disposizione del disciplinare di gara risulti mal formulata (come è stato sostanzialmente ammesso dalla stessa Amministrazione con la nota n. 11.000 del 24 maggio 2019, in atti), per aver fatto riferimento all'istituto del soccorso istruttorio a pagamento, non più previsto nell'ordinamento, tuttavia la stessa Amministrazione ha chiarito, in sede di soccorso istruttorio, che non era possibile far ricorso, nella fattispecie, a eventuali sanzioni pecuniarie (note n. 9646 dell'8 maggio 2019 e n. 10738 del 20 maggio

2019) e che la mancata presentazione della cauzione provvisoria (che doveva essere allegata alla domanda di partecipazione alla procedura) poteva essere regolarizzata con il soccorso istruttorio ma la cauzione doveva comunque avere, facendo applicazione dei principi che regolano la materia, una data non successiva a quella di scadenza delle domande di partecipazione alla procedura.

Inoltre, la successiva esclusione della Icarusnet è stata disposta non con riferimento alla omessa presentazione della cauzione, ma per aver depositato una polizza fideiussoria (quale cauzione provvisoria a corredo dell'offerta) emessa il 15 maggio 2019, ossia in data successiva a quella di scadenza del termine per le offerte fissata dal bando di gara per il 6 maggio 2019.

8.8. - Decisione del tutto corretta.

Va osservato, al riguardo, che la giurisprudenza amministrativa, già nel vigore della disciplina previgente, era giunta alla conclusione che la mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria, non fosse causa di esclusione automatica dalla gara. In queste ipotesi, la stazione appaltante è tenuta ad avviare il soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la documentazione mancante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138; sez. III, 23 novembre 2017, n. 5467; sez. 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, Consiglio di Stato, sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687).

Non vi sono ragioni per discostarsi da tale orientamento anche nell'interpretare le disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici.

Ne consegue che il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve essere attivato dalla stazione appaltante anche nei casi di invalidità o irregolarità della cauzione provvisoria, considerato che si tratta di ipotesi che debbono essere ricondotte nell'ambito delle "carenze di elementi formali della domanda" ovvero della "mancanza, incompletezza" o "irregolarità essenziale" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione (e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica).

8.9. - Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata emessa in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; 22 ottobre 2018, n. 6005; 26 luglio 2016, n. 3372); sarebbe, infatti, violata la *par condicio* tra i concorrenti, qualora fosse consentita la presentazione di una cauzione provvisoria formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio. L'offerente, in questi casi, si gioverebbe, infatti, di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara.

9. - Il ricorso, in conclusione, deve essere integralmente rigettato.

10. - Le spese di giudizio, considerata la particolarità della vicenda esaminata, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Dante D'Alessio, Presidente

Tito Aru, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giorgio Manca**

**IL PRESIDENTE**  
**Dante D'Alessio**

IL SEGRETARIO