

Pubblicato il 04/12/2019

N. 08296/2019REG.PROV.COLL.
N. 05383/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5383 del 2019,
proposto da

I.V.R.I. - Istituti di Vigilanza Riuniti s.p.a. unipersonale, in persona del
legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Ferraris,
Enzo Robaldo e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Enzo Robaldo in Milano, piazza Eleonora Duse, 4;

contro

Aeroporto di Salerno - Costa D'Amalfi s.p.a., in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Iovane, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Maurizio Piero Zoppolato in
Roma, via del Mascherino, 72;

nei confronti

Italpol Vigilanza s.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania
sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00795/2019, resa tra le

parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Robaldo e Laura Pellizzo su dichiarata delega di Iovane;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana del 4 gennaio 2019, Aeroporto di Salerno – Costa di Amalfi s.p.a. indiceva una procedura di gara per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei “*servizi di security e vigilanza nell'Aeroporto di Salerno “Costa d'Amalfi”*” per un importo totale a base di gara di € 1.766.436,00.

1.1. Il disciplinare di gara (art. 8) prescriveva: “*L'offerta dovrà essere corredata da: 1) una garanzia provvisoria, come definita dall'art. 93 del Codice, pari al 2% del prezzo a base di gara, comprensivo degli oneri per la sicurezza e precisamente d'importo pari ad € 35.328,72=, salvo quanto previsto all'art. 93, co. 7 del Codice; 2) una dichiarazione di impegno, da parte di un istituto bancario o assicurativo o altro soggetto di cui all'art. 93, co. 3 del Codice, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva ai sensi dell'articolo 93, co. 8 del Codice, qualora il concorrente risulti affidatario*”; era ulteriormente precisato che “*La garanzia provvisoria è costituita, a scelta del concorrente con una delle modalità di cui all'art. 93, al quale si rinvia*” e, dunque, per quanto interessa in questa sede, anche in contanti o a mezzo bonifico bancario, come precisato dalla stazione appaltante nei chiarimenti resi il 4 febbraio 2019.

1.2. Presentava offerta, tra gli altri, I.V.R.I. – Istituti di vigilanza riuniti s.p.a. unipersonale, che, non essendo riuscita, per sua stessa ammissione, ad ottenere il rilascio di polizza fideiussoria in tempo utile per la partecipazione alla gara, costituiva la garanzia provvisoria mediante bonifico bancario di € 17.664,36, a favore dell'Aeroporto di Salerno, con ulteriore dichiarazione di impegno alla costituzione di garanzia definitiva in caso di aggiudicazione dell'appalto.

1.3. Con nota 27 febbraio 2018 Aeroporto di Salerno s.p.a. esercitava il soccorso istruttorio a beneficio della I.V.R.I. s.p.a. per aver riscontrato l'assenza della dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva qualora l'offerente risultasse aggiudicatario da parte di un fideiussore di cui all'art. 103 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50; rilevava, al riguardo, la stazione appaltante che l'operatore economico aveva prodotto una dichiarazione di impegno rilasciata e sottoscritta dal legale rappresentante della società, come tale non accettabile alla luce delle prescrizioni del disciplinare di gara.

Veniva, pertanto, richiesto alla I.V.R.I. s.p.a. di trasmettere idonea dichiarazione di impegno, con precisazione che tale documentazione sarebbe stata ammissibile solo se preesistente, con data certa anteriore al termine di scadenza per la presentazione delle offerte.

1.4. Il 1° marzo 2019 I.V.R.I. s.p.a. trasmetteva alla stazione appaltante, polizza fideiussoria rilasciata dalla HDI Assicurazioni s.p.a., con espressa dichiarazione di impegno a rilasciare la garanzia definitiva in caso di aggiudicazione dell'appalto ai sensi dell'art. 93, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La società specificava che la polizza fideiussoria trasmessa “*va ad aggiungersi alla cauzione resa in contanti*” e presentata contestualmente dalla domanda di partecipazione alla procedura di gara.

1.5. Aeroporto di Salerno s.p.a., tuttavia, con provvedimento del 14 marzo 2019, disponeva l'esclusione di I.V.R.I. s.p.a. dalla procedura di gara con

la seguente motivazione: *“la dichiarazione di impegno del garante al rilascio della garanzia definitiva risulta emessa con data 1/3/19, quindi posteriore a quella (11/2/19) di scadenza del termine per la presentazione delle offerte”*.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania – sezione staccata di Salerno, I.V.R.I. s.p.a. impugnava il provvedimento di esclusione con unico articolato motivo nel quale sosteneva che la sua domanda di partecipazione doveva ritenersi meramente irregolare avendo, nel termine previsto dal bando, presentato comunque valido impegno alla costituzione di garanzia fideiussoria, sia pure proveniente dal legale rappresentante della società, e, dunque, che la sanatoria di tale irregolarità ben potesse avvenire in sede di soccorso istruttorio mediante documento formatosi successivamente alla presentazione della domanda di partecipazione.

Si costituiva in giudizio l'Aeroporto di Salerno s.p.a., che domandava il rigetto del ricorso.

3. Il giudizio era concluso dalla sentenza sez. I, 21 maggio 2019, n. 795, di reiezione del ricorso e condanna della ricorrente al pagamento delle spese legali a favore della parte costituita.

Il giudice di primo grado, dopo aver richiamato le disposizioni del disciplinare di gara sulla garanzia fideiussoria dovuta dall'offerente, precisava che, alla luce dell'attuale quadro normativo (e, specialmente, dell'art. 93 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), la garanzia definitiva è intesa quale *“requisito negoziale ai fini della partecipazione alla gara e non anche quale elemento accessorio a carattere meramente formale”*; da qui la preclusione per la stazione appaltante di ricorrere al soccorso istruttorio per sanare eventuali sue irregolarità, in quanto istituto applicabile alle sole *“carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”* e non ai casi di assenza di un elemento essenziale dell'impegno negoziale, non integrabile *ex post*.

Concludeva, allora, il giudice che ben aveva ritenuto la stazione appaltante di disporre l'esclusione della I.V.R.I. s.p.a. per aver riscontrato la totale assenza della fideiussione in data antecedente la scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione (in ciò coerente a quanto stabilito dalla giurisprudenza amministrativa che ha escluso che il soccorso istruttorio possa consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte).

3.1. Aggiungeva il giudice che la dichiarazione presentata dalla ricorrente con la domanda di partecipazione alla procedura, per essere proveniente dal legale rappresentante della società e non da un terzo soggetto, non era equipollente sul piano negoziale a quella richiesta dal disciplinare di gara, come pure dall'art. 93, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dallo stesso richiamato, onde l'offerta risultava senz'altro carente di un elemento essenziale.

3.2. Era, infine, respinta ogni censura rivolta al (l'art. 8 del) disciplinare di gara, che, contrariamente a quanto sostenuto in ricorso, non aveva fissato un onere formale ulteriore rispetto alle prescrizioni contenute nel codice dei contratti in materia di garanzia fideiussoria, che ne impongono il rilascio da parte di operatore professionale nel settore del credito.

4. Propone appello I.V.R.I s.p.a; si è costituito in giudizio Aeroporto di Salerno – Costa d'Amalfi s.p.a.; le parti hanno depositato memorie *ex art.* 73 Cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza camerale del 19 settembre 2019 la causa è stata assunta in decisione sull'accordo delle parti.

4.1. Con unico articolato motivo di appello I.V.R.I. s.p.a. contesta la sentenza di primo grado per *“Erroneità per violazione di legge Violazione e falsa applicazione di legge (articoli 4, 36, 83, 93, 164 del D.Lgs n. 50/2016; articoli 1, 3, 6, 10, 11, 21 quinquies, 21 – nonies della l. n. 241/1990; articolo 97 della Costituzione) – Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara – Violazione dei principi costituzionali di buon*

andamento e imparzialità della pubblica amministrazione – Violazione dei principi generali e comunitari di trasparenza, non discriminazione e par condicio – Eccesso di potere per illogicità, perplessità, contraddittorietà, travisamento dei fatti, omessa e insufficiente motivazione e istruttoria”.

Preliminarmente, l'appellante rivolge le sue critiche al capo di sentenza affermativo della non esperibilità del c.d. soccorso istruttorio per la sanatoria di omissioni relative alla garanzia provvisoria richiesta all'offerente al momento della presentazione della domanda di partecipazione; a suo parere, l'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, superando la precedente ed incerta distinzione tra irregolarità essenziali e non essenziali, avrebbe stabilito il principio della possibile integrazione e regolarizzazione mediante soccorso istruttorio di ogni irregolarità concernente la cauzione provvisoria, ivi compresa la mancata presentazione della dichiarazione di impegno alla presentazione della garanzia definitiva, con l'obiettivo di realizzare la tutela dei principi di concorrenza e massima partecipazione.

4.2. In successivo passaggio del medesimo motivo, l'appellante assume che, riconosciuta la regolarizzabilità, tramite soccorso istruttorio, della mancata presentazione della dichiarazione di impegno, essa potrebbe avvenire anche mediante dichiarazione posteriore al termine di scadenza delle offerte, in quanto rilasciata proprio in seguito al soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante; sarebbe, altrimenti, sostanzialmente negata l'operatività del soccorso istruttorio e, con esso, la finalità di consentire la massima partecipazione alla procedura di gara.

4.3. Da ultimo, l'appellante contesta al giudice di primo grado di non aver tenuto in adeguata considerazione il fatto che la stazione appaltante aveva erroneamente ritenuto la dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva non valida e, per questo motivo, illegittimamente richiesto, mediante soccorso istruttorio, la sua regolarizzazione; secondo I.V.R.I. s.p.a., invece, l'art. 93, comma 8, d.lgs. n. 50 cit. richiede solamente l'

“*impegno di un fideiussore*”, senza null’altro specificare, onde ben poteva ritenersi che l’impegno sottoscritto dal legale rappresentante, fosse pienamente valido.

5. Il motivo di appello è infondato; la sentenza di primo grado merita conferma sia pure con le precisazioni che seguono.

5.1. In ordine logico va esaminata l’ultima questione posta dall’appellante, vale a dire la validità della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia c.d. definitiva *ex art. 93, comma 8, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50* in caso di aggiudicazione dell’appalto proveniente dal legale rappresentante della società partecipante alla procedura.

5.1.1. Al riguardo, va precisato che dall’esame della documentazione in atti emerge che la dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva presentata dall’appellante era sottoscritta (digitalmente) dal legale rappresentante della società Sig. Pietro Trevisano su carta intestata alla società I.V.R.I. – Istituti di vigilanza riuniti d’Italia s.p.a..

La dichiarazione di impegno così come redatta, pertanto, sembra provenire dalla società e non dal suo legale rappresentante in proprio; è inevitabile, allora, concludere per la sua invalidità: a prescindere, infatti, dalle prescrizioni contenute nel codice dei contratti pubblici al riguardo, e sulle quali subito si avrà modo di soffermarsi, con tale atto è lo stesso debitore (della stazione appaltante) a promettere la garanzia, così violando la necessaria dualità tra debitore e garante imposta, come ben evidenziato dall’appellata, dall’art. 1936 Cod. civ., per il quale “*E’ fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l’adempimento di un’obbligazione altrui*”; la società, in sostanza, ha garantito un debito proprio.

5.1.2.. Ad ogni buon conto, anche ad ammettere che il Sig. Trevisano, abbia inteso impegnarsi in proprio nei confronti della stazione appaltante, la dichiarazione rilasciata è, comunque, invalida per contrasto con le previsioni del codice dei contratti pubblici.

La questione, attinente ai requisiti soggettivi del garante di operatore economico partecipante a procedura di gara per l'affidamento di contratto d'appalto pubblico, va risolta alla luce della previsione di cui all'art. 93 (*Garanzie per la partecipazione alla procedura*), comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 a mente del quale: *“La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa.”*

Sono ivi esattamente individuati i soggetti che, per la loro particolare qualificazione professionale, possono rendersi garanti di un operatore economico partecipante ad una procedura di gara, con la conseguenza che nessun altro può prestare valida garanzia a beneficio di una stazione appaltante, compreso il legale rappresentante della società in proprio.

All'art. 93, comma 3, espressamente rinvia l'art. 103, comma 1, d.lgs. n. 50 cit. in tema di garanzia c.d. definitiva, così estendendo ad essa i requisiti soggettivi richiesti per il rilascio della c.d. garanzia provvisoria.

5.1.3. E' vero che identica previsione manca in relazione alla dichiarazione di impegno di cui al comma 8 del medesimo art. 93, ma se la garanzia c.d. definitiva può essere rilasciata, ai sensi dell'art. 103, comma 1, cit., solo da chi sia in possesso dei predetti requisiti soggettivi, è logica conseguenza ritenere che il dichiarante debba essere un soggetto qualificato in ragione dell'impegno che dovrà assumere.

5.2. Riconosciuta l'invalidità della dichiarazione di impegno da parte della I.V.R.I. s.p.a., occorre esaminare l'ulteriore questione della possibilità di

sanare l'invalidità della dichiarazione di impegno di cui all'art. 93, comma 8, d.lgs. n. 50 cit. a mezzo soccorso istruttorio; questione, invero, sulla quale ha inteso soffermarsi il giudice di primo grado sebbene la stazione appaltante non avesse mostrato dubbi, consentendo alla I.V.R.I. s.p.a. di fornire nuova dichiarazione di impegno.

5.2.1. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa, già nel vigore della disciplina previgente, era giunta alla conclusione che la mancata allegazione all'offerta della cauzione provvisoria, come pure della dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva (cfr. Cons. Stato, V, 6 settembre 2018, n. 5230), non fosse causa di esclusione, per essere, invece, la stazione appaltante tenuta ad attivare il soccorso istruttorio, invitando il concorrente ad integrare la documentazione mancante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5138; III, 23 novembre 2017, n. 5467; 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 Cons. Stato, sez. III, 11 agosto 2015, n. 3918; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687; a differenza della cauzione falsa cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2018, n. 1846).

Tale orientamento va ribadito anche con il nuovo codice dei contratti pubblici; il soccorso istruttorio previsto ora dall'art. 83, comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è attivabile in quanto le (ragioni di) invalidità della cauzione provvisoria, ma analogo discorso vale per la dichiarazione di impegno al rilascio della garanzia definitiva, costituiscono altrettante ipotesi di "*carenze di elementi formali della domanda*" ovvero ipotesi di "*mancaza, incompletezza*" o di "*irregolarità essenziale*" della documentazione allegata alla domanda di partecipazione (e, dunque, non dell'offerta economica o tecnica).

5.3. Il soccorso istruttorio, però, va a buon fine – e l'operatore può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria, come pure la dichiarazione di impegno alla prestazione di garanzia definitiva, sono di data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6013; V, 22 ottobre 2018, n. 6005; V, 26 luglio 2016, n. 3372); sarebbe, infatti, violata la par condicio tra tutti i concorrenti, qualora fosse consentito ad uno di essi la presentazione di una cauzione provvisoria o di una dichiarazione di impegno al rilascio di garanzia definitiva formata successivamente alla scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, e, nel termine del soccorso istruttorio.

Costui, infatti, si gioverebbe di un termine più lungo per acquisire la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, e così, probabilmente, per la natura onerosa della garanzia potrebbe spuntare condizioni economiche più favorevoli.

5.4. In conclusione, la sentenza di primo grado, che di tale ultimo principio ha fatto corretta applicazione, merita conferma.

6. La peculiarità della questione giustifica la compensazione delle spese anche del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO