



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 Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 226 del 2021, proposto da Gi One S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo rti con Ottima S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Martina Alo', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Savona, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Ercole, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Provincia di Savona non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- dell'atto dirigenziale n. 451 del 26 febbraio 2021, con cui la Provincia di Savona – SUA.SV ha disposto l'esclusione del RTI GiOne S.p.a. dalla gara a procedura aperta per la selezione di un operatore qualificato per l'affidamento in concessione – mediante partenariato pubblico privato – di servizi di prestazione energetica, inclusi la riqualificazione energetica e la gestione dell'impianto di pubblica illuminazione, con la predisposizione dello stesso ai servizi di smart city, di proprietà dei comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella e Provincia di Savona, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi;
- ove occorra, della nota prot. n. 6036/2021 con cui la SUA ha riscontrato negativamente l'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione;
- del verbale n. 8823 del 25 febbraio 2021 relativo alla seduta pubblica di valutazione della documentazione trasmessa all'esito del soccorso istruttorio nella quale l'Amministrazione ha

deciso di escludere il RTI ricorrente;

- ove occorrer possa, della clausola del disciplinare di cui all'art. 15.5 ove interpretata nel senso fatto proprio dalla Stazione appaltante;
- di ogni atto connesso, correlato, presupposto e consequenziale, ancorché non conosciuto dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Savona;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Gi.One s.p.a. ha impugnato gli atti in epigrafe di esclusione dalla gara a procedura aperta per la selezione di un operatore qualificato per l'affidamento in concessione – mediante partenariato pubblico privato – di servizi di prestazione energetica, inclusi la riqualificazione energetica e la gestione dell'impianto di pubblica illuminazione, con la predisposizione dello stesso ai servizi di smart city, di proprietà dei comuni di Borghetto S. Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella e Provincia di Savona, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi indetta con bando 18 novembre 2020.

La società ricorrente ha, altresì, impugnato l'atto di diniego di autotutela.

La ricorrente dapprima non ha inserito il documento attestante la costituzione della cauzione provvisoria mediante bonifico bancario. Successivamente, attivato il soccorso istruttorio da parte della Commissione, è emerso che il bonifico è stato effettuato per un importo, pari a € 5140, dieci volte inferiore a quello previsto dalla *lex specialis* di gara pari a € 51400.

La ricorrente ha provveduto, quindi, ad integrare l'importo mancante della cauzione ma la Commissione ha adottato il provvedimento di esclusione.

Successivamente è stata respinta l'istanza di autotutela pure formulata dalla ricorrente.

Il ricorso è stato affidato ad un unico articolato motivo con cui è stata dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 83, comma 9, e 93, comma 1 del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per carenza istruttoria; illogicità ed irragionevolezza dell'attività amministrativa; contraddittorietà. Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione e di leale collaborazione. Violazione del principio di buon andamento. Irragionevolezza. Il comportamento della stazione appaltante violerebbe il divieto di tassatività delle clausole di

esclusione e la normativa sul soccorso istruttorio. La ricorrente ha inoltre impugnato espressamente l'art. 15 del disciplinare di gara per contrasto con l'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/16.

La ricorrente ha concluso per l'accoglimento del ricorso e l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, del provvedimento impugnato con riammissione alla gara.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata.

Con ordinanza 22 aprile 2021 n. 98 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

All'udienza pubblica, celebrata con modalità telematiche, del 7 luglio 2021 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è rivolto avverso il provvedimento di esclusione da una pubblica gara e avverso il successivo provvedimento di diniego di autotutela.

L'esclusione è stata disposta a motivo della insufficienza della cauzione provvisoria.

Il ricorso non è fondato.

La questione giuridica sottoposta all'attenzione del Collegio è costituita dalla possibilità di accordare il soccorso istruttorio nel caso di insufficiente importo della cauzione provvisoria.

L'art. 93, comma 1, d.lgs. 50/16 stabilisce che *“L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. Al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1 per cento ovvero incrementarlo sino al 4 per cento. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base. In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo. Nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie di cui al presente articolo”*.

L'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/16 stabilisce: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.*

Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Orbene dal momento che la cauzione provvisoria costituisce elemento a corredo dell'offerta le eventuali irregolarità e in particolare l'eventuale importo insufficiente della cauzione provvisoria, attenendo alla offerta, non possono essere sanate mediante il soccorso istruttorio.

In questo senso si è espressa la giurisprudenza.

In particolare è stato affermato che *"La garanzia provvisoria - destinata a coprire la "mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione" per fatto non imputabile alla stazione appaltante (cfr. art. 93, comma 6 d. lgs. n. 50 del 2016) - non costituisce un elemento formale, ma, in quanto posta a "corredo" dell'offerta (cfr. art. 93, comma 1), deve ritenersi "afferente" alla stessa - e non alla documentazione relativa alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione: come tale, essa è sottratta alla possibilità di soccorso istruttorio, stante il principio che impedisce, a salvaguardia della par condicio, la modifica delle proposte negoziali da parte dei concorrenti. (C.S. V 27 gennaio 2021 n. 804).*

La giurisprudenza ha, bensì, ammesso la possibilità di integrare mediante il soccorso istruttorio ma solo se la cauzione nel suo esatto ammontare fosse già stata costituita precedentemente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Nella specie la cauzione provvisoria è stata integrata solo successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Il Collegio ritiene che ammettere la sanabilità mediante soccorso istruttorio nel caso di specie violerebbe la *par condicio*, consentendo alla ricorrente di godere di condizioni diverse e più favorevoli rispetto agli altri concorrenti.

In conclusione il ricorso deve essere respinto.

Le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio, celebrata con modalità telematiche, del giorno 7 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE
Luca Morbelli

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO