

## Possibile il soccorso istruttorio anche in caso di irregolarità della cauzione provvisoria

**Autore:** Studio Legale Bertuzzi - Dott. Marco Ventura

**In:** Diritto amministrativo, Giurisprudenza commentata

Alla stregua della disciplina dettata dagli artt.

38, comma 2-bis, e

46, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006 (come introdotti dal d.l. n. 90/2014, convertito nella

legge n. 144/2014), il soccorso istruttorio è applicabile anche nel caso di irregolarità della cauzione provvisoria e della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva.

Con sentenza n. 4528/2016, il Consiglio di Stato (Sezione Terza) si è pronunciato sul controverso esito della procedura aperta per l'affidamento dell'appalto relativo alla progettazione esecutiva ed all'esecuzione dei lavori di riqualificazione del comprensorio ospedaliero Cattinara di Trieste, riformando tre sentenze del TAR Friuli Venezia Giulia.

Con la decisione in commento, il Collegio giudicante, dopo aver riunito ex art. 96 c.p.a. i tre appelli, tra loro connessi oggettivamente oltreché soggettivamente, ha stabilito che il soccorso istruttorio è applicabile anche nel caso di irregolarità della cauzione provvisoria e della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva, affermando che "Gli artt.

38, comma 2-bis, e

46, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006, come introdotti dal

d.l. 90/2014, convertito nella legge 144/2014, consentono la regolarizzazione [...] in ogni ipotesi di "mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando e al disciplinare di gara".

In particolare, il Collegio ha accolto l'appello presentato dall'aggiudicataria dell'appalto, bandito dall'Azienda Ospedaliero Universitaria "Ospedali Riuniti" di Trieste di concerto con l'I.R.C.S.S. Burlo Garofolo, in un primo momento esclusa dal TAR insieme con la seconda classificata, in quanto gli intermediari che avevano rilasciato in loro favore la cauzione provvisoria, completa dell'impegno a rilasciare - in caso di aggiudicazione - quella definitiva, risultavano in realtà privi dell'autorizzazione al rilascio di garanzie in favore di enti pubblici.

Il Consiglio di Stato, infatti, dopo un compiuto excursus del quadro normativo e dopo un'attenta analisi del bando di gara e del disciplinare, pur confermando l'assenza di legittimazione in capo agli intermediari consultati, ha ritenuto sussistere nel caso di specie l'errore scusabile in capo alle appellanti e di conseguenza l'impossibilità di sanzionare tale errore con l'esclusione dalla gara delle stesse, "essendo per tale ipotesi previsto il soccorso istruttorio al fine di integrare la cauzione irregolare".

Invero, se, da un lato, il bando di gara richiamava l'art. 75 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006), che al comma 3 stabiliva che la fideiussione poteva essere rilasciata anche dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del T.u.b. così come modificato dal D.lgs. n. 141/2010, dall'altro, il disciplinare prevedeva che la fideiussione potesse essere rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti

nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.u.b. (ante D.lgs. n. 141/2010). Nell'ambito di tale incertezza, in sede di gara, tanto l'aggiudicataria, quanto la seconda classificata, avevano fatto riferimento ad un chiarimento reso, a fronte di apposito quesito, dalla Stazione appaltante secondo la quale tra gli intermediari finanziari erano

"ricompresi anche i soggetti ex art. 106, nei limiti riportati dal c. 3 dell'art. stesso". Sulla base di tale affermazione le due concorrenti avevano quindi presentato delle cauzioni prestate da intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del T.u.b. ante D.lgs. n. 141/2010.

Orbene, secondo i giudici di Palazzo Spada, in un caso quale quello di specie, è plausibile che sussistesse, al momento della presentazione dell'offerta, un dubbio idoneo a qualificare come "scusabile" il successivo errore nella presentazione dell'offerta.

Ad ogni modo, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, allargando il discorso dal particolare al generale, afferma che, alla luce della latitudine applicativa dell'art. 46 comma 1-ter del D.lgs. n. 163/2006, l'irregolarità della cauzione provvisoria e della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva è ricompresa nell'ambito del soccorso istruttorio, così come delineato dalla riforma operata con D.l. 24 giugno 2014, n. 90 (convertito nella

l. 11 agosto 2014, n. 114) che, nell'introdurre un procedimento di regolarizzazione obbligatoria delle dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti di ordine generale (art. 38, comma 2-bis) lo ha, appunto, esteso

"ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara", proprio attraverso il

comma 1-ter

all'art. 46

del Codice dei contratti pubblici.

Pertanto, facendo leva sul nuovo regime del soccorso istruttorio, espressivo dei principi del favor participationis

e del buon andamento della pubblica amministrazione, il Consiglio di Stato ha quindi chiarito l'applicabilità di tale istituto, così come regolato dall'art. 38, comma 2-bis e dall'art. 46, comma 1-ter, D.lgs. n. 163/2006, anche con riferimento alla presentazione della cauzione, nonostante che, a norma dell'art. 75, comma 8, D.lgs. n. 163/2006, l'offerta doveva essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore legittimato a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente fosse risultato affidatario.

Il Collegio, infatti, ha sottolineato come detta previsione non impedisce che trovi applicazione il soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, e che solo in caso di inadempimento dell'integrazione entro il termine assegnato si determina l'esclusione dalla gara del concorrente, non potendo nel caso di specie invocarsi l'automatica esclusione dalla gara dell'aggiudicatario posto che l'irregolarità riscontrata avrebbe dovuto preliminarmente essere oggetto di richiesta di integrazione attraverso il soccorso istruttorio.

<https://www.diritto.it/possibile-il-soccorso-istruttorio-anche-in-caso-di-irregolarita-della-cauzione-provvisoria/>