

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 06/06/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38296-soccorso-istruttorio-sanzionato-impegno-definitiva-non-completamente-assente-sostituzione-provvisoria-con-definitiva>

Autore: Lazzini Sonia

Soccorso istruttorio sanzionato impegno definitiva non completamente assente sostituzione provvisoria con definitiva

Tar Marche, Ancona sentenza numero 107 del 19 febbraio 2016

il testo dell'art. 39, comma 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90 in vigore nella gara in esame), consente la sanatoria anche di «irregolarità essenziali». In merito, va rilevato che l'art. 75 d. lgs. n. 163/2006 non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria.

Sonia Iazzini

Tale principio, letto unitamente con l'art. 46 cod. appalti, che dispone la tassatività delle cause di esclusione, conduce a valorizzare la possibilità di soccorso e tanto ha condotto la giurisprudenza ad affermare che «le irregolarità, l'insufficienza e la stessa inesistenza della cauzione provvisoria non possono dar luogo ad esclusione dalla gara, ma solo ad un soccorso istruttorio (Tar Napoli n. 4600 del 24.9.2015; CdS sez. III, 11.8.2015 n. 3918, Tar Roma 10.6.2015 n. 8143).

E' pur vero che, nel caso in esame, è contestata la violazione dell'art. 75 c.8 del d.lgs 163/2006, per cui l'omissione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, ex art. 113 del codice appalti, comporta la necessaria ed inderogabile esclusione dalla gara, senza che possa residuare in capo alla stazione appaltante alcun potere discrezionale (CdS sez. V 3.6.2015 n. 2717).

Ad avviso del Collegio, tale norma, contenendo una causa di esclusione, non può che essere di stretta interpretazione, e quindi essere applicata solamente nel caso di assenza totale dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva. Infatti, l'esclusione potrebbe essere configurabile nel caso dell'esplicita presenza di condizioni al rilascio. Nel caso in esame, l'assenza di un impegno incondizionato non risulta evidente dalla lettura della polizza in quanto, come correttamente osservato dalle difese dell'amministrazione, si prevede, all'art. 9 delle condizioni generali di contratto, un obbligo di comunicazione della richiesta di rilascio della cauzione definitiva e la possibilità di una sorta di silenzio diniego da parte della società garante.

Però, allo stesso tempo, l'articolo 2 prevede che la garanzia prestata con la polizza dovrà essere sostituita da altra polizza fideiussoria quale cauzione definitiva.

Si tratta delle condizioni di contratto tra la società e la stazione appaltante.

Di conseguenza, la società garante assume un obbligo incondizionato nei confronti della stazione appaltante (sia pure in un contratto firmato solo con il contraente), mentre la parte che appare in contrasto con l'assolutezza dell'impegno riguarda i rapporti tra i contraenti.

A parere del Collegio non si rientra quindi nel caso di una totale assenza di impegno del fideiussore a prestare la cauzione definitiva, ma di disposizioni in parte contrastanti nelle condizioni generali di contratto, tali da non integrare una causa di esclusione, ma eventualmente giustificare il ricorso al soccorso istruttorio di cui all'articolo 46 D.lgs 163/2006, essendo presente, nel citato art. 2, l'impegno incondizionato al rilascio della garanzia

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Tar Marche, Ancona sentenza numero 107 del 19 febbraio 2016

N. 00107/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00516/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(,,)

FATTO e DIRITTO

Con il presente ricorso, ricorrente impugna il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti

indicati in epigrafe relativi alla procedura aperta, indetta con bando pubblicato in data 11.5.2015 dalla Provincia di Fermo (per conto del Comune di Osimo, in virtù di convenzione per il conferimento delle funzioni di Stazione Unica Appaltante) per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo per una durata di quattro anni.

Il valore presunto dell'appalto riferito all'intera durata del servizio era fissato in euro 130.000,00 e il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 81, commi 1 e 3, e dell'art. 83 del D.lgs 12..2006, n. 163. La gara, con l'impugnata determina n.221 del 30.6.2015 è stata aggiudicata al controinteressato il Consorzio controinteressata , con punteggio complessivo pari a 92,222 punti, mentre la ricorrente. si collocava al secondo posto della graduatoria con 87,614 punti.

Si sono costituiti la Provincia di Fermo, il Comune di Osimo e la controinteressata Consorzio controinteressata , controinteressata 2, resistendo al ricorso.

Alla pubblica udienza dell'8.1.2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

2 Con il primo motivo parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 75 e dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs 12.4.2006, n. 163, della lex specialis di gara, nonché eccesso di poteri sotto vari profili. Si contesta che, in contrasto con la norma citata e la legge di gara, l'aggiudicataria avrebbe presentato una polizza fideiussoria non conforme, in quanto l'offerta doveva essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto qualora l'offerente risultasse affidataria. Nel caso in esame tale impegno sarebbe assente dalla polizza, contenendo essa solo l'impegno del contraente a richiedere la polizza per la **cauzione** definitiva alla società assicuratrice. Di conseguenza la contro interessata doveva essere esclusa, senza possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio.

2.1 Il motivo è infondato. Va premesso che il testo dell'art. 39, comma 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90 in vigore nella gara in esame), consente la sanatoria anche di «irregolarità essenziali». In merito, va rilevato che l'art. 75 d. lgs. n. 163/2006 non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della **cauzione** provvisoria. Tale principio, letto unitamente con l'art. 46 cod. appalti, che dispone la tassatività delle cause di esclusione,, conduce a valorizzare la possibilità di soccorso e tanto ha condotto la giurisprudenza ad affermare che «le irregolarità, l'insufficienza e la stessa inesistenza della **cauzione** provvisoria non possono dar luogo ad esclusione dalla gara, ma solo ad un soccorso istruttorio (Tar Napoli n. 4600 del 24.9.2015; CdS sez. III, 11.8.2015 n. 3918, Tar Roma 10.6.2015 n. 8143). E' pur vero che, nel caso in esame, è contestata la violazione dell'art. 75 c.8 del d.lgs 163/2006, per cui l'omissione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la **cauzione** definitiva, ex art. 113 del codice appalti, comporta la necessaria ed inderogabile esclusione dalla gara, senza che possa residuare in capo alla stazione appaltante alcun potere discrezionale (CdS sez. V 3.6.2015 n. 2717). Ad avviso del Collegio, tale norma, contenendo una causa di esclusione, non può che essere di stretta interpretazione, e quindi essere applicata solamente nel caso di assenza totale dell'impegno del fideiussore a rilasciare la **cauzione** definitiva. Infatti, l'esclusione potrebbe essere configurabile nel caso dell'esplicita presenza di condizioni al rilascio. Nel caso in esame, l'assenza di un impegno incondizionato non risulta evidente dalla lettura della polizza in quanto, come correttamente osservato dalle difese dell'amministrazione, si prevede, all'art. 9 delle condizioni generali di contratto, un obbligo di comunicazione della richiesta di rilascio della **cauzione** definitiva e la possibilità di una sorta di silenzio diniego da parte della società garante. Però, allo

stesso tempo, l'articolo 2 prevede che la garanzia prestata con la polizza dovrà essere sostituita da altra polizza fideiussoria quale **cauzione** definitiva. Si tratta delle condizioni di contratto tra la società e la stazione appaltante. Di conseguenza, la società garante assume un obbligo incondizionato nei confronti della stazione appaltante (sia pure in un contratto firmato solo con il contraente), mentre la parte che appare in contrasto con l'assolutezza dell'impegno riguarda i rapporti tra i contraenti. A parere del Collegio non si rientra quindi nel caso di una totale assenza di impegno del fideiussore a prestare la **cauzione** definitiva, ma di disposizioni in parte contrastanti nelle condizioni generali di contratto, tali da non integrare una causa di esclusione, ma eventualmente giustificare il ricorso al soccorso istruttorio di cui all'articolo 46 D.lgs 163/2006, essendo presente, nel citato art. 2, l'impegno incondizionato al rilascio della garanzia.

3 Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 83 del D.lgs. 12.4.2006 n.63, la violazione dell'art. 3 della l. 7.8.1990, n. 241, la violazione art. 24 della costituzione ed eccesso di potere sotto diversi profili, riguardo la valutazione dei servizi aggiuntivi. In primo luogo non sarebbe possibile capire quali dei servizi aggiuntivi offerti dall'aggiudicataria sarebbe stato giudicato positivamente dai commissari nell'ambito del confronto a coppie. Sostiene poi che i servizi offerti dalla controinteressata non potevano comunque essere favorevolmente apprezzati dalla commissione giudicatrice, in quanto già inclusi tra quelle poste a base di gara, e/o perché esorbitanti o comunque non pertinenti rispetto all'oggetto, alle caratteristiche ed alla causa contrattuale dell'appalto.

3.1 Anche il secondo motivo non è fondato. Non appare corretta la ricostruzione di parte riguardo alla dedotta impossibilità di evincere i servizi aggiuntivi valutati. Difatti il disciplinare di gara non prevede la valutazione separata di ciascun servizio aggiuntivo, e non appare configurarsi una situazione identica alla fattispecie decisa dal Tar Brescia con la sentenza 21.10.2015 n. 1381, citata dalla ricorrente, in quanto è l'art. 10 del disciplinare di gara ad aver individuato i servizi aggiuntivi, nel massimo di 5, in maniera globale, con il metodo del cosiddetto confronto a coppie, chiarendo che i servizi dovranno essere "concreti, attuabili, gratuiti per l'Ente e connessi all'ambito assicurativo ed evidenziare obiettivi di miglioramento ed economicità", prevedendo un massimo di 30 punti. La valutazione è effettuata per ciascuna offerta calcolando la "la media dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari" alla stregua del criterio "aggregativo compensatore" previsto dall'allegato P, punto II, lett. a.1) al DPR n. 207/2010. Nel caso in esame è presente una sostanziale unanimità dei commissari, che hanno assegnato al consorzio controinteressata quasi il medesimo punteggio (18 in due casi, 19 nel terzo), vedendolo tra l'altro sempre vincitore nei confronti della ricorrente con i punteggi di 3 (preferenza piccola) e 4 (preferenza media). Il disciplinare prevedeva quindi con chiarezza un giudizio globale, sui servizi aggiuntivi, effettuato con il metodo del cosiddetto "confronto a coppie". Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, nel caso del confronto a coppie, per costante giurisprudenza, e purché il bando contenga criteri di valutazione sufficientemente dettagliati, la motivazione dei punteggi è in re ipsa, dovendo ciascun commissario attribuire ad ogni offerta il livello di preferenza ritenuto adeguato rispetto ad ognuna delle altre (tra le tante decisioni Tar Marche 20.2.2015 n. 157).

3.2 Riguardo i servizi aggiuntivi offerti, non appare condivisibile la valutazione di parte ricorrente per cui gli stessi non sarebbero valutabili in quanto parte dell'oggetto dell'appalto e/o esorbitanti. Difatti, a parere del Collegio, l'estensione dell'oggetto di un appalto quale quello di brokeraggio fa sì che, qualora siano previsti servizi aggiuntivi, l'offerta tecnica non si può che concentrare sulla gestione generale del servizio secondo quanto indicato dall'articolo 2 del capitolato speciale. Che

del resto prevede come chiosa “svolgimento di servizi aggiuntivi nei termini previsti in sede di gara”. Nessuno dei servizi offerti dalla controinteressata appare rientrare in quanto previsto dal capitolato per offerta tecnica generale né, al contrario, essere esorbitante rispetto all’oggetto dell’appalto. Difatti, considerato che i punti 1-6 dell’articolo 2 del capitolato appaiono concentrarsi principalmente sulla gestione generale del servizio, senza prevedere specifici settori dove di deve concentrare l’attività del broker, appare normale che i servizi aggiuntivi, pur non essendo compresi nell’oggetto del capitolato siano comunque strettamente connessi, prevedendo consulenza e assistenza su contratti specifici non direttamente oggetto del contratto. Del resto, come osservano correttamente le difese delle amministrazioni, anche i servizi offerti dalla contro interessata, astrattamente, sarebbero potuti rientrare nell’oggetto del contratto. Né la gestione dei sinistri in SIR, né il servizio di valorizzazione di immobili (con possibili connessioni ma non direttamente connesso all’oggetto del contratto) appaiono duplicativi dei compiti del broker quali previsti dall’articolo 2 del capitolato. Infatti, i riferimenti alla gestione di immobili presenti nel capitolato e nell’offerta tecnica della controinteressata non risultano duplicativi rispetto al servizio aggiuntivo, che offre un servizio di valutazione non vincolato alla copertura assicurativa. Con riguardo all’asserita inutilità del servizio SIR, le affermazioni di parte ricorrente risultano indimostrate, se non altro perché è possibile che il Comune, tramite il nuovo broker, stipuli dei nuovi contratti dove detto sistema risulterebbe utilizzabile pienamente. Ancora, sempre considerata la natura del contratto, non appare altresì violato il divieto di subappalto per l’utilizzo delle società esterne con riferimento alla valutazione immobili e al servizio SIR. Come costantemente osservato in giurisprudenza, pur nel riconoscimento della peculiarità del subappalto nell’ambito dei contratti pubblici, per subappalto non può intendersi ogni esecuzione non in proprio di servizi o opere appaltate, essendo necessario che sia demandata ad un soggetto terzo, economicamente e giuridicamente distinto dall'appaltatore, l'esecuzione totale o parziale dell'opera o del servizio appaltato, con organizzazione di mezzi e rischio a carico del subappaltatore (art. 1655 c.c.). Nel caso in cui, infatti, un soggetto agisca quale mero esecutore materiale (o come mero collaboratore nell’esecuzione) di un'opera o di un servizio, in favore dell'appaltatore, in assenza di profili autonomia, il subappalto non può configurarsi (Tar Lazio Roma 6.2.2014 n.1449, peraltro resa proprio a favore dell’odierna ricorrente). Non appare fondata neanche l’affermazione che vi sarebbe una liberalità con il pagamento di una società scelta dal comune per la valutazione immobili (a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, non sembra che il Comune possa scegliere liberamente la società incaricata della stima, ma eventualmente esprimere un gradimento).

3.3 Neanche può ritenersi non valutabile il servizio di sponsorizzazione (dove, apparentemente, il broker si offre di fornire sponsorizzazioni/patrocini di eventi in proprio o con altre compagnie assicurative). Come afferma parte ricorrente, la giurisprudenza ha più volte ribadito come il pagamento di un corrispettivo in denaro per la sponsorizzazione o per l’erogazione dei contributi ed i criteri di attribuzione dei punteggi deve essere espressamente previsto espressamente nel bando o nella lettera di invito, pena la lesione della par condicio dei partecipanti e che il punteggio conferibile in relazione alle sponsorizzazioni non deve essere tale da costituire l’elemento discriminante principale. Nel caso in esame, non vi sono dubbi sulla seconda caratteristica, essendo la sponsorizzazione solo uno dei cinque servizi aggiuntivi offerti dalla ricorrente. Con riguardo alla prima caratteristica, a parere del Collegio va rilevato che, nel caso in esame, la natura del servizio aggiuntivo offerto riguarda la possibilità di offrire sponsorizzazioni tramite terzi ed eventualmente in propri, senza che sia prevista la quantificazione del valore e, in particolare, nei termini di “rendersi disponibile”, “disponibile a valutare” (mediante finanziamento o attivazione di coperture

assicurative) a tale attività. In tutta evidenza non si tratta di un “prezzo” specifico rispetto all’aggio previsto nell’offerta economica, e presumibilmente la stazione appaltante ne ha tenuto conto nella valutazione.

4 Con il terzo motivo, parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 83 del D.lgs 163/2006, la violazione dell'art. 3 della l. 7.8.1990, n. 241 e l’eccesso di potere sotto vari profili affermando che la procedura deve essere caducata per la mancata previsione, nella legge di gara e con riferimento ai servizi aggiuntivi, di sub-criteri di giudizio e i sub-pesi e sub-punteggi a questi correlati, la cui indicazione era invece doverosa, ex art. 83 comma 4 del d.lgs 163/06, alla luce anche della rilevanza del punteggio previsto per tali servizi.

4.1 La censura è infondata. Il bando, per i servizi aggiuntivi, richiede che siano concreti, attuabili, gratuiti per l’ente e connessi all’ambito assicurativo ed evidenzino obiettivi di miglioramento ed economicità”, con i punteggi da 1, corrispondente alla parità, fino a 6, corrispondente ad una preferenza grande, con valori intermedi.

4.2 L'art. 83 comma 4, d.lgs. n. 163/2006 non prevede un obbligo di introduzione di sub criteri, sub pesi e sub punteggi, stabilendo soltanto che essi siano stabiliti nel bando "ove necessario". Questa necessità deve essere correlata all'esigenza che sin dalla formulazione del bando ogni concorrente sia posto in grado di formulare la propria offerta tecnica essendo in grado di sapere sin da tale momento quali saranno gli elementi che verranno presi in considerazione e fatti oggetto di valutazione da parte della Commissione. A parere del Collegio, i criteri fissati dal bando appaiono sufficienti, tenendo anche conto della scelta di procedere alla valutazione delle offerte con il confronto a coppie, dove la valutazione di ogni confronto era espressa con un punteggio da 1 a 6.

5 Dalle considerazioni appena svolte discende anche l’infondatezza del quarto motivo di ricorso, ove parte ricorrente deduce la violazione dell'art. 83 del d.lgs n. 163 2006 dell'art. 3 della legge 7.8.1990, n. 241 e l’eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria, motivazione ed illogicità. Difatti, come già accennato in precedenza, il Tribunale ritiene che gli indicati criteri di attribuzione dei punteggi ai servizi aggiuntivi fossero sufficientemente specifici, delimitando il giudizio discrezionale dei commissari nell’ambito di un minimo e di un massimo e da rendere così percepibile l’iter logico seguito nel giudicare le singole offerte, senza necessità di puntuale motivazione e dei punteggi finali attribuiti. Ciò vale, in particolare, in assenza di norme che non consentano la valutazione globale dei servizi aggiuntivi, specificamente prevista dal bando con il metodo del confronto a coppie.

5.1 Va quindi ritenuto sufficiente il punteggio numerico assegnato dai commissari. Difatti, in presenza di subcriteri o anche di criteri di valutazione sufficientemente dettagliati, e dunque in presenza di criteri improntati a significativi margini di discrezionalità tecnica compiutamente definiti, la mera attribuzione dei punteggi è sufficiente a dar conto dell’iter logico seguito nella scelta e a far comprendere con chiarezza le ragioni per cui sia stato attribuito un punteggio maggiore a talune offerte e minore ad altre (si veda ad esempio CdS Sez V 24.3.2014 n.1628). Come detto in precedenza, questo vale in particolare se venga utilizzato il metodo del confronto a coppie.

6 Alla luce delle considerazioni fin qui svolte il ricorso è infondato e deve essere respinto, unitamente all’istanza risarcitoria.

6.1 Le spese possono essere compensate, considerata la particolarità della procedura e le oscillazioni giurisprudenziali in materia di appalti concernenti il servizio di brokeraggio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (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 Ancona nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **19/02/2016**

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)