

*MASSIMA – Soccorso istruttorio ex art. 38 co. 2-bis Codice Appalti; divieto di assicurazioni aventi ad oggetto trasferimento rischio pagamento sanzioni amministrative ex art. ex art. 12 d.lgs. 209/2005.*

## **Tar Toscana n. 444 del 18/03/2015**

N. 00444/2015 REG.PROV.COLL.

N. 02109/2014 REG.RIC.



IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2109 del 2014, proposto dalla società Puccetti S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Toscano, Alessandro Bertani, Francesco Gesess, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, Via Ricasoli 40;

contro

ANAS S.p.A. e Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distr.le dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Firenze, Via degli Arazzieri 4;

per l'annullamento

della nota dell'ANAS prot. CFI - 0031917- P del 14/11/2014, con cui il Capo Compartimento della Viabilità della Toscana ha comunicato alla Puccetti s.p.a. l'esclusione dalla procedura aperta per "*lavori di manutenzione straordinaria per la sistemazione del tratto stradale compreso tra il km 343+ 469 ed il km 345+031 interessato dagli eventi alluvionali nel mese di dicembre 2009 e di realizzazione di nuova intersezione stradale con l'autostrada A11 in località Migliarino Pisano*";

- della deliberazione della Commissione di gara ANAS prot. CFI-0031913-I del 14/11/2014, con cui è stata deliberata l'esclusione della Puccetti s.p.a. dalla procedura aperta sopra menzionata;

- della nota ANAS prot. CFI 00333863- P del 3/12/2014, con cui il Presidente di gara, in riscontro all'istanza di riammissione presentata dalla Puccetti spa il 21/11/2014, comunica alla stessa che tale

istanza "*non può essere presa in considerazione; si confermano le motivazioni comunicate con nota prot. CFI 0031917-P del 14/11/2014*";

- del punto III.1.1 lett. b) e del punto V lett. v) del bando di gara, nonché del punto I.9 del relativo disciplinare di gara nella misura indicata in narrativa;

- di ogni altro atto e/o provvedimento, anche di estremi non conosciuti, comunque conseguente, connesso o presupposto

e per la condanna di ANAS al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi dalla ricorrente per effetto dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati,

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato per l'affidamento dei "*lavori di manutenzione straordinaria per la sistemazione del tratto stradale compreso tra il km 343+469 e il km 345+031 interessato dagli eventi alluvionali nel mese di dicembre 2009 e di realizzazione di nuova intersezione stradale con l'autostrada A11 in località Migliarino Pisano*".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ANAS S.p.A. e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2015 il dott. Carlo Testori 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 società Puccetti s.p.a. ha presentato domanda di partecipazione alla procedura aperta indetta da ANAS s.p.a. - Compartimento della viabilità per la Toscana per l'affidamento dell'appalto relativo a "*lavori di manutenzione straordinaria per la sistemazione del tratto stradale compreso tra il km 343+469 e il km 345+031 interessato dagli eventi alluvionali nel mese di dicembre 2009 e di realizzazione di nuova intersezione stradale con l'autostrada A11 in località Migliarino Pisano*".

Con provvedimento del 14/11/2014 la Commissione di gara ha deliberato l'esclusione dalla procedura concorsuale della predetta società "*per non avere ottemperato a quanto previsto al punto 9 del disciplinare di gara*". Con atto del 21/11/2014 Puccetti s.p.a. ha chiesto la riammissione alla gara; istanza respinta dalla stazione appaltante con provvedimento del 3/12/2014.

Contro il provvedimento di esclusione, il diniego di riammissione e le presupposte clausole del bando di gara la società interessata ha proposto il ricorso in epigrafe formulando censure di violazione di legge e di eccesso di potere sotto diversi profili, nonché domanda risarcitoria e di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Per resistere al gravame si sono costituiti in giudizio ANAS s.p.a. e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che hanno depositato una memoria di controdeduzioni, corredata da documentazione.

Nella camera di consiglio del 15 gennaio 2015 questo Tribunale, con l'ordinanza n. 48, ha accolto la domanda cautelare proposta con il ricorso *"ai fini dell'ammissione della ricorrente all'ulteriore corso della gara, con riserva della decisione di merito"*.

La difesa di Puccetti s.p.a. ha successivamente depositato una memoria; dal canto suo, in data 24/2/2015 l'Avvocatura dello Stato ha depositato documentazione da cui risulta:

- che a seguito della citata ordinanza n. 48/2015 la Commissione di gara ha attivato il soccorso istruttorio in favore della società ricorrente, invitandola a sanare le irregolarità riscontrate;
- che in data 19/2/2015 la predetta società ha presentato alla stazione appaltante un assegno circolare per € 37.890,49 a garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria, che è stato incassato;
- che in pari data la Commissione ha riammesso in gara Puccetti s.p.a. e ha aperto la busta contenente la sua offerta economica, in base alla quale la ricorrente è stata individuata come prima classificata.

All'udienza del 26 febbraio 2015 il difensore della predetta società ha confermato quanto sopra, rilevando peraltro che non è venuto meno l'interesse alla decisione della controversia nel merito, tenuto conto delle censure formulate nel ricorso. La causa è quindi passata in decisione.

2) L'esclusione della società ricorrente dalla procedura concorsuale di cui si controverte è stata disposta dalla Commissione di gara *"per non avere ottemperato a quanto previsto al punto 9 del disciplinare di gara"* in relazione ai seguenti due profili:

a) la garanzia del versamento della sanzione pecuniaria ex art. 38 comma 2-bis del Codice dei contratti pubblici per qualsivoglia mancanza, incompletezza e/o altra irregolarità essenziale delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 del medesimo art. 38 *"è stata presentata tramite cauzione assicurativa, espressamente vietata dal bando di gara oltre che, soprattutto, dal D.Lgs. 209/2005 meglio conosciuto come il Codice delle assicurazioni private..."*;

b) *"l'importo indicato nella suddetta polizza risulta... insufficiente a coprire sia la garanzia provvisoria di cui all'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006 che la garanzia del pagamento della sanzione pecuniaria"*.

3) Nel ricorso sono articolati cinque motivi (i primi tre riferiti al profilo di cui al punto precedente sub a); gli altri due relativi al profilo sub b), che possono essere così sintetizzati:

A1) il divieto di utilizzare polizze assicurative a cui si fa riferimento nel provvedimento di esclusione e nelle impugnate disposizioni del bando e del disciplinare di gara riguarda solo le sanzioni amministrative, quale non è quella contemplata dall'art. 38 comma 2-bis del Codice dei contratti pubblici, che va invece configurata come "penale"; se così non fosse, il bando e il disciplinare di gara sarebbero illegittimi nella parte in cui non hanno predeterminato le ipotesi comportanti l'applicazione della sanzione e non hanno previsto né criteri per graduare il *quantum* della stessa, né una previa indagine sull'elemento psicologico dell'autore della violazione;

A2) le impugnate previsioni della *lex specialis* di gara richiedono, per il pagamento della sanzione pecuniaria ex art. 38 comma 2-bis del Codice dei contratti pubblici, la presentazione, a pena di esclusione, di una garanzia aggiuntiva rispetto a quella provvisoria di cui all'art. 75 del Codice; ma tale clausola, non prevista dal codice, dal regolamento o da altre leggi, contrasta con la previsione di cui all'art. 46 comma 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006 ed è quindi nulla; peraltro, l'art. 38 comma 2-bis prevede che il versamento della sanzione pecuniaria ivi disciplinata "è garantito dalla cauzione provvisoria", senza contemplare la possibilità di richiedere un'ulteriore garanzia, che dunque l'ANAS ha illegittimamente preteso; la garanzia ex art. 75, inoltre, può essere offerta "sotto forma di cauzione o di fideiussione" e quest'ultima "può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo..."; la società ricorrente ha presentato la garanzia provvisoria nella forma della fideiussione assicurativa e l'ha estesa anche alla copertura del versamento della sanzione pecuniaria: ciò era consentito e non legittimava l'esclusione dalla gara;

A3) in via subordinata, si rileva che ANAS non avrebbe comunque potuto direttamente escludere la ricorrente, dovendo comunque previamente consentire la regolarizzazione della carenza riscontrata, ai sensi dell'art. 46 comma 1-ter del Codice dei contratti pubblici;

B1) la fideiussione presentata dalla ricorrente copre non solo l'1% previsto per la cauzione provvisoria, ma anche l'1% richiesto a copertura del versamento di eventuali sanzioni pecuniarie, come risulta dall'appendice allegata alla fideiussione stessa;

B2) in via subordinata, si rileva che anche con riferimento a questo secondo profilo ANAS avrebbe dovuto comunque garantire il soccorso istruttorio, prima di una eventuale esclusione.

4.1) La società ricorrente ha presentato una "garanzia fidejussoria per la cauzione provvisoria" mediante polizza emessa dalla Reale Mutua Assicurazioni, recante in allegato la seguente clausola: "La garanzia prestata con la presente polizza è posta anche a copertura della sanzione pecuniaria di cui agli artt. 38 comma 2 bis e 46 comma 1 ter del D.Lgs. 163/2006, come introdotti dall'art. 39 comma 1 del D.L. 90/2014 pari al 1% dell'importo a base di gara".

Tale polizza, per quest'ultima parte, è stata ritenuta non ammissibile dalla Commissione di gara in quanto contrastante con le previsioni della *lex specialis* che si richiamano al D.Lgs. n. 209/2005 (Codice delle assicurazioni private), il cui art. 12 così dispone al primo comma: "Sono vietate le associazioni tontinarie o di ripartizione, le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative e quelle che riguardano il prezzo del riscatto in caso di sequestro di persona. In caso di violazione del divieto il contratto è nullo e si applica l'articolo 167, comma 2".

Con il primo motivo di ricorso si esclude l'applicabilità della disposizione citata sostenendo che quella contemplata dall'art. 38 comma 2-bis del Codice dei contratti pubblici non è una sanzione amministrativa, bensì una penale. Il Collegio osserva che per sanzione amministrativa deve intendersi la misura afflittiva irrogata dalla P.A. nell'esercizio di potestà amministrative, in forza di specifica previsione legislativa e in conseguenza della violazione di doveri posti a presidio di interessi di carattere pubblico (cfr. TAR Piemonte, sez. I, 9 gennaio 2013 n.10). Questo è il caso della sanzione ex art. 38 comma 2-bis, che consegue alla violazione delle regole che disciplinano le pubbliche gare; sanzione non configurabile come penale, non ravvisandosi il presupposto dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento da parte di un contraente (art. 1382 cod.civ.).

Essendo di fronte ad una sanzione amministrativa opera la previsione dell'art. 12 del Codice delle assicurazioni private, che appare chiara e inequivoca, nel senso di vietare le assicurazioni aventi ad oggetto "il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni amministrative"; e di tale divieto

costituisce specificazione l'art. 4 comma 3 del Regolamento ISVAP n. 29 del 16 marzo 2009, testualmente richiamato nella motivazione del provvedimento di esclusione.

Dunque la polizza assicurativa presentata in gara dalla società ricorrente non può costituire idonea garanzia anche per il pagamento delle eventuali sanzioni pecuniarie ex art. 38 comma 2-bis.

Quanto sopra porta a concludere per l'infondatezza del primo motivo di ricorso; e ciò vale anche per quanto riguarda la prospettata illegittimità del bando di gara, tenuto conto che l'inidoneità della polizza in questione discende direttamente da una disposizione normativa.

4.2) Il secondo motivo è privo di interesse per la società ricorrente nella parte in cui si deduce l'illegittimità delle previsioni della *lex specialis* di gara con cui è stata richiesta la presentazione, da parte dei concorrenti, di una garanzia aggiuntiva, a copertura del pagamento della sanzione pecuniaria ex art. 38 comma 2-bis. Se anche tale censura fosse fondata, la ricorrente non potrebbe giovarsene, posto che la polizza assicurativa presentata in gara, per quanto detto al punto precedente, non può comunque costituire garanzia anche per il pagamento delle eventuali sanzioni pecuniarie ex art. 38 comma 2-bis.

Per la restante parte il motivo, esaminato congiuntamente con il terzo, è però fondato. La sanzione dell'esclusione per la mancata (o invalida) presentazione della garanzia in questione non trova fondamento in una disposizione del Codice dei contratti pubblici, del regolamento o di altre leggi e dunque viola il principio della tassatività delle cause di esclusione; a norma dell'art. 46 comma 1-bis del Codice predetto sono dunque nulle le clausole della *lex specialis* di gara che la prevedono; ne consegue che è illegittima l'esclusione di Puccetti s.p.a., per tale motivo, dalla procedura concorsuale in questione. Resta, peraltro, l'obbligo di fornire la garanzia richiesta (con modalità diverse dalla polizza assicurativa) e a tal fine la stazione appaltante deve esercitare il soccorso istruttorio previsto dall'art. 46 comma 1-ter del Codice dei contratti pubblici 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 o al disciplinare di gara*". La mancanza della garanzia in questione è infatti riconducibile, a parere del Collegio, alla fattispecie considerata, posto che il concetto indeterminato di "elementi" è riferibile a qualsiasi tipo di documentazione richiesta ai fini della partecipazione ad una procedura concorsuale; e che l'intento perseguito dal legislatore attraverso le innovazioni introdotte dall'art. 39 del D.L. n. 90/2014 è evidentemente quello di favorire al massimo grado la partecipazione dei concorrenti, senza penalizzare gli errori, anche gravi, commessi in sede di presentazione del materiale occorrente per partecipare alle pubbliche gare; e tale conclusione trova conforto anche nell'orientamento giurisprudenziale secondo cui la mancata presentazione della cauzione provvisoria (a cui la mancanza della garanzia per il pagamento della sanzione pecuniaria è equiparabile) costituisce irregolarità sanabile, non suscettibile di comportare l'esclusione dalla gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2014 n. 3431; TAR Toscana, sez. I, 5 maggio 2014 n. 749).

Resta un ultimo problema: quello relativo alla qualificazione della carenza di cui si discute; se si qualifica come essenziale la mancata prestazione della garanzia per il pagamento della sanzione pecuniaria ex art. 38 comma 2-bis, la stazione appaltante è tenuta ad assicurare il soccorso istruttorio (come in effetti risulta già avvenuto) fissando alla ricorrente un termine per la regolarizzazione e applicando poi la sanzione; tutto ciò non si verificherebbe se tale mancanza fosse invece qualificata come non essenziale. In quest'ultima ipotesi, però, la stazione appaltante non dovrebbe neppure richiedere la regolarizzazione; ma ciò equivarrebbe ad affermare che la prestazione della garanzia per il pagamento della sanzione pecuniaria ex art. 38 comma 2-bis non è in realtà necessaria: il che vanificherebbe e renderebbe inutile la disposizione normativa e questo

porta a concludere che la carenza di cui si discute costituisce "mancanza essenziale", di cui la stazione appaltante deve chiedere la regolarizzazione e che deve essere poi oggetto di sanzione.

5) Alla luce delle considerazioni precedentemente svolte il ricorso deve essere accolto, per quanto riguarda la parte impugnatoria (restando assorbiti gli altri motivi dedotti) e i provvedimenti impugnati vanno conseguentemente annullati. Vanno invece respinte le ulteriori domande (di condanna e di inefficacia dell'eventuale contratto) relative a sviluppi procedurali che non hanno avuto corso.

Le spese di causa possono essere compensate tra le parti, attesa la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi precisati in motivazione e conseguentemente annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Romano, Presidente

Eleonora Di Santo, Consigliere

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/03/2015

IL SEGRETARIO

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