

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Processo amministrativo – Ricorso incidentale proposto dall'Amministrazione resistente – Inammissibilità.

Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2021, n. 6324

- in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2022, pag. 934 e ss., con commento di Paolo Patrito, *Inammissibilità del ricorso incidentale dell'Amministrazione avverso un proprio atto.*

“[...] All'Amministrazione è precluso di dedurre tramite impugnazione incidentale possibili vizi di legittimità da cui sarebbe affetto il proprio provvedimento, oggetto di ricorso principale, mediante un'integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato in funzione paralizzante del ricorso principale.

La descritta situazione dà peraltro luogo ad un conflitto interno all'amministrazione stessa che non può essere devoluto in sede giurisdizionale amministrativa. Secondo la Costituzione (artt. 24 e 113) quest'ultima è infatti istituita per risolvere controversie intersoggettive tra l'amministrazione stessa e il privato destinatario di atti o comportamenti della prima. Non è per contro istituita per risolvere controversie interne all'amministrazione quali quelle che vengono a crearsi quando questa deduce in giudizio che un proprio provvedimento avrebbe dovuto fondarsi su presupposti diversi da quelli espressi nella motivazione [...]”.

FATTO

1. La Gi One s.p.a. ha partecipato, in raggruppamento temporaneo di imprese con la Ottima s.r.l., alla procedura di gara indetta dalla Provincia di Savona (con bando pubblicato il 18 novembre 2020) per la selezione di un operatore qualificato, ivi incluse le Energy Service Companies (ESCO), per l'affidamento in concessione dei servizi di prestazione energetica comprendenti la riqualificazione energetica e la gestione degli impianti di pubblica illuminazione di proprietà dei Comuni di Borghetto Santo Spirito, Finale Ligure, Spotorno, Stella e della Provincia di Savona, da realizzarsi con finanziamento tramite terzi.
2. All'esito del soccorso istruttorio consentito dalla commissione giudicatrice la ricorrente è stata esclusa dalla gara (con determinazione in data 26 febbraio 2021, n. 451, adottata sulla base del verbale di gara del giorno 25 precedente) per avere prestato una cauzione provvisoria «per un importo inferiore a quello previsto dal disciplinare di gara» (così nel provvedimento di esclusione poc'anzi richiamato), integrato solo successivamente al termine di presentazione delle offerte.
3. Il conseguente ricorso davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria contro il provvedimento di esclusione così motivato è stato respinto con la sentenza in epigrafe.

4. Per quest'ultima l'esclusione è legittima perché la cauzione provvisoria «*costituisce elemento a corredo dell'offerta*», per cui «*le eventuali irregolarità e in particolare l'eventuale importo insufficiente della cauzione provvisoria, attenendo alla offerta, non possono essere sanate mediante il soccorso istruttorio*». La sentenza ha aggiunto che il soccorso istruttorio avrebbe potuto essere attivato «*solo se la cauzione nel suo esatto ammontare fosse già stata costituita precedentemente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte*», ma che questa ipotesi non ricorreva nel caso di specie, poiché la Gi One aveva integrato l'importo mancante per raggiungere l'ammontare richiesto dalla normativa di gara solo dopo la scadenza del termine.

5. Per la riforma della sentenza di primo grado la Gi One ha proposto appello.

6. Con appello incidentale la Provincia di Savona ha censurato in via subordinata la medesima sentenza per non avere rilevato che nella presente fattispecie non si verte in un caso di cauzione provvisoria di importo inferiore al minimo richiesto nel termine di presentazione delle offerte, ma di omessa prestazione della cauzione, tale da precludere in apice il soccorso istruttorio, ed inoltre per non avere rilevato che nel caso di specie difettavano in ogni caso i presupposti di quest'ultimo in base all'automatismo espulsivo previsto dalla normativa di gara anche per il caso di cauzione provvisoria di importo insufficiente.

DIRITTO

1. Deve premettersi in fatto che, come risulta dai verbali di gara e dalla documentazione versata agli atti di causa, in sede di verifica della regolarità della documentazione amministrativa la commissione giudicatrice ha rilevato che la Gi One non aveva ad essa accluso «*il documento relativo alla cauzione provvisoria richiesta a corredo dell'offerta presentata*» (verbale in data 9 febbraio 2021). In ragione di ciò la medesima concorrente è stata richiesta di integrare la documentazione «*attraverso la procedura di soccorso istruttorio prevista dall'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016*».

2. Quindi, la Gi One ha dedotto sul punto di avere per errore inserito nella documentazione amministrativa a corredo della propria offerta il PassOe in luogo della distinta di pagamento della cauzione provvisoria, prestata «*in contanti, con versamento presso la Tesoreria della Provincia di Savona*», secondo la modalità prevista dall'art. 15.1, lett. b), del disciplinare di gara. L'appellante principale aggiunge che di essersi avveduta, riscontrare la richiesta dell'organo di gara, di avere bonificato alla tesoreria provinciale «*per mero errore*», nel termine di scadenza delle offerte previsto per il 25 gennaio 2021, l'importo di € 5.140,00, in luogo degli € 51.400,00 (pari al «*2% dell'importo complessivo dell'appalto*»: art. 15.1 del disciplinare di gara). Dopo avere inutilmente rappresentato il fatto alla stazione appaltante e chiesto delucidazioni sulle modalità di

regolarizzazione da seguire (con messaggio di posta elettronica in data 15 febbraio 2021), la Gi One ha infine *motu proprio* versato l'importo residuo di € 46.260,00, con bonifico in data 24 febbraio 2021.

3. Sulla base della documentazione conseguentemente pervenutale, la commissione giudicatrice ha ritenuto che la ricorrente fosse da escludere dalla gara, perché l'importo della cauzione provvisoria da essa costituita alla scadenza del termine di presentazione delle offerte era inferiore rispetto a quello richiesto dal disciplinare di gara e perché solo in caso di ammontare corrispondente a quest'ultimo il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici avrebbe potuto essere ammesso.

4. Come sopra esposto, la posizione assunta dalla commissione di gara è stata fatta propria dapprima dalla stazione appaltante e poi dal Tribunale amministrativo adito in primo grado rispettivamente con il provvedimento di esclusione conseguentemente emesso e con la sentenza qui appellata.

5. Tanto premesso, la Gi One deduce nel proprio appello, in primo luogo, che ai sensi dell'art. 93, comma 1, del codice dei contratti pubblici la cauzione provvisoria è un elemento "a corredo" dell'offerta, per cui all'opposto di questa non soggetta al divieto di integrazione mediante soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, del medesimo codice (il quale è testualmente escluso per le irregolarità «*afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica*»); ed in secondo luogo che anche queste ultime sono regolarizzabili nelle ipotesi di «*errore materiale ictu oculi riconoscibile*». A quest'ultimo riguardo la Gi One sottolinea che nel caso di specie ricorrerebbe l'ipotesi in questione. Ciò si evincerebbe per l'appellante principale dal fatto che l'importo bonificato alla tesoreria provinciale alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta corrisponde a quello previsto dal disciplinare di gara, salvo il fatto che esso è carente di uno 0 - in luogo dell'ammontare di € 51.400,00 è stata bonificata la somma di € 5.140,00 - e che ciò è stato causato da «*una svista nell'inserimento della somma indicata sulla piattaforma online della banca*», così spiegato dalla Gi One: «*un semplice punto messo nella posizione sbagliata modifica l'importo finale*». Sulla base di ciò quest'ultima sostiene che con il versamento dell'importo mancante di € 46.260,00 in riscontro alla richiesta di soccorso istruttorio della commissione giudicatrice non è stata violata la *par condicio* tra i concorrenti a vantaggio della medesima società.

6. Le censure così sintetizzate sono fondate.

7. E' innanzitutto palese, malgrado le contrarie deduzioni della Provincia di Savona, che il minore importo versato in origine a titolo di cauzione provvisoria sia dipeso da un errore materiale occorso al momento della digitazione della somma da bonificare alla tesoreria provinciale mediante il

sistema informatico della banca ordinante. L'amministrazione resistente sostiene che l'errore *ex adverso* prospettato sarebbe impossibile perché le piattaforme *home banking* non consentono l'inserimento di punti ma solo di virgole, ma in contrario è agevole obiettare che non è dimostrato che questa deduzione valga in generale ed in ogni caso si tratta di un dettaglio o persino di una imprecisa ricostruzione del fatto da parte della Gi One che non inficia il fatto che le cifre inserite da questa per il pagamento corrispondono a quelle richieste dalla normativa di gara.

L'ipotesi prospettata dall'appellante principale quindi è avvalorata in primo luogo da tale corrispondenza, inficiato da una sola cifra, derivante dall'errata apposizione del segno divisore (punto o virgola) tra le unità e i decimali. Questa sola discrasia rende plausibile la tesi dell'errore materiale, il quale peraltro costituisce in sé evenienza verificabile ed insita nella modalità di pagamento mediante i sistemi di *home banking*, in cui l'onere della corretta digitazione dell'importo ricade sul correntista. Al dato obiettivo finora esaminato si aggiunge quello di carattere soggettivo consistente nella volontà prontamente manifestata dalla Gi One di sanare l'irregolarità non appena richiesta di ciò dalla commissione giudicatrice, dapprima con richiesta di chiarimenti sulle modalità da seguire e quindi con il versamento dell'importo mancante a causa dell'errore materiale commesso. Il comportamento tenuto *a posteriori* dall'odierna appellante principale è inequivocabilmente indicativo dell'intenzione originaria di non sottrarsi all'obbligo di versamento della cauzione provvisoria nell'imposto stabilito dal disciplinare di gara e dunque fornisce conferma all'ipotesi dell'errore meramente materiale commesso in origine.

8. Del pari, come ulteriormente deduce la Gi One, dalla descritta scansione dei fatti, ed in particolare dal fatto che una volta ammessa a regolarizzare la documentazione amministrativa per la mancanza del documento comprovante l'avvenuta prestazione della cauzione la ricorrente ha versato l'importo mancante, non è possibile ritenere che la *par condicio* tra i concorrenti sia stata violata a vantaggio di quest'ultima per via del versamento in origine di un importo insufficiente.

9. Il punto da dirimere è se ciò sia consentito quando il termine per la presentazione delle offerte sia ormai scaduto, come pacifico nel caso di specie.

10. La tesi negativa espressa dalla sentenza di primo grado si impernia sull'assunto che in questa ipotesi difettano i presupposti per regolarizzare la cauzione mediante il potere di soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, perché l'importo inferiore a quello minimo ha un rilievo sostanziale, per il fatto di incidere sulla *par condicio competitorum*. Esso dunque esorbiterebbe dal caso di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi» relativi alla cauzione provvisoria, cui fa riferimento la disposizione del codice dei contratti pubblici ora richiamata.

11. Nella medesima linea si pone la giurisprudenza di questa Sezione, la quale ha di recente affermato che la regolarizzazione della cauzione provvisoria è consentita solo in caso di mancata produzione del documento rappresentativo per svista o dimenticanza e sempre che essa si riferisca ad un atto comunque perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (Cons. Stato, V, 23 marzo 2021, n. 2483). In termini analoghi l'altro precedente recentemente espressosi in materia, e richiamato dalla Provincia di Savona a fondamento dei propri assunti, in cui la regolarizzazione postuma della cauzione è stata esclusa ed è stata in astratto riconosciuta solo in caso di carente documentazione ad essa relativa non allegata all'offerta per mera svista (Cons. Stato, V, 27 gennaio 2021, n. 804).

12. Il peculiare caso oggetto del presente giudizio si caratterizza per il fatto che la svista è riferita alla cauzione stessa e non già alla documentazione ad essa inerente, ed in particolare è occorsa nel momento della sua prestazione, secondo la modalità di versamento prescelta dall'appellante tra quelle previste dalla normativa di gara. Nondimeno, valgono per la descritta ipotesi i rilievi finora svolti in ordine al fatto che, pur riferito all'atto di costituzione della cauzione, il vizio ha comunque carattere meramente materiale, per cui per l'evidente identità *ratio* ad esso sono estensibili i principi affermati dalla giurisprudenza della Sezione poc' anzi richiamati, in base ai quali la regolarizzazione deve in questo caso ritenersi consentita. La fattispecie in questione si caratterizza infatti per un'irregolarità involontaria, derivante da un errore di battitura nella digitazione della somma da versare alla tesoreria provinciale nella procedura informatica dell'istituto di credito utilizzata dall'odierna appellante principale non imputabile alla volontà del concorrente. Ciò rende ingiustificata sul piano sostanziale la sua esclusione dalla gara, perché non imposto dal più volte canone generale di *par condicio* che presiede al funzionamento delle procedure di affidamento di contratti pubblici e pertanto non coerente con l'ulteriore principio della massima concorrenzialità.

13. Tanto basta per l'accoglimento dell'appello principale mentre quello incidentale della Provincia di Savona va dichiarato inammissibile, secondo quanto eccepito dalla prima nella propria memoria depositata in vista della camera di consiglio.

14. Tale dichiarazione consegue innanzitutto al fatto che con il rigetto del ricorso della Gi One l'amministrazione non ha riportato in primo grado alcuna soccombenza sulla cui base possa profilarsi un interesse a proporre appello. Nessuna soccombenza in particolare può configurarsi in relazione alle singole argomentazioni a fondamento della statuizione adottata dal giudice amministrativo di primo grado, che nell'ambito di un giudizio di carattere devolutivo (sia pure limitato ai capi impugnati) quale l'appello nel processo amministrativo sono in ogni caso emendabili attraverso le correzioni motivazionali del caso. Il controllo sulla sufficienza e logicità

della motivazione della sentenza di primo grado mediante appello al Consiglio di Stato si svolge dunque nei soli limiti della conformità a diritto della statuizione finale resa sulla domanda azionata, che nel caso di specie è di rigetto del ricorso, e dunque favorevole all'amministrazione resistente.

15. In secondo luogo a quest'ultima è precluso di dedurre tramite impugnazione incidentale possibili vizi di legittimità da cui sarebbe affetto il proprio provvedimento, oggetto di ricorso principale, mediante un'integrazione postuma della motivazione del provvedimento impugnato in funzione paralizzante del ricorso principale.

La descritta situazione dà peraltro luogo ad un conflitto interno all'amministrazione stessa che non può essere devoluto in sede giurisdizionale amministrativa. Secondo la Costituzione (artt. 24 e 113) quest'ultima è infatti istituita per risolvere controversie intersoggettive tra l'amministrazione stessa e il privato destinatario di atti o comportamenti della prima. Non è per contro istituita per risolvere controversie interne all'amministrazione quali quelle che vengono a crearsi quando questa deduce in giudizio che un proprio provvedimento avrebbe dovuto fondarsi su presupposti diversi da quelli espressi nella motivazione. Tanto più quando ciò avvenga mediante appello, come eccepisce la Gi One, con conseguente ampliamento in secondo grado del *thema decidendum* definito dalle censure di legittimità proposte dal ricorrente contro il provvedimento impugnato, non consentito in base al divieto espresso dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm. [in relazione al quale va precisato che la giurisprudenza amministrativa riconosce all'amministrazione un margine di azione più ampio rispetto al ricorrente in primo grado, limitato comunque alle mere difese rispetto all'altrui impugnazione o alle eccezioni rilevabili d'ufficio: cfr., da ultimo: Cons. Stato, II, 9 agosto 2021, n. 5829, 19 agosto 2021, n. 5931; IV, 15 luglio 2021, n. 5344; 27 luglio 2021, n. 5560; VI, 30 agosto 2021, n. 6110; e dunque non anche a motivi di (auto)impugnazione del provvedimento].

16. Nella prospettiva delineata le censure della Provincia di Savona sono quindi inammissibili per il fatto di prospettare un'ipotesi di omesso versamento della cauzione provvisoria in luogo del versamento parziale ritenuto dalla commissione giudicatrice da essa nominata, all'esito del soccorso istruttorio consentito alla Gi One. Sono in particolare inammissibili le deduzioni con cui la stazione appaltante contesta in primo luogo che il bonifico fatto dall'odierna appellante principale possa valere come versamento parziale, a causa dell'assenza di elementi atti a conferire alla distinta di pagamento una data certa; ed inoltre sostiene che in ogni caso l'accredito in tesoreria si sarebbe perfezionato il giorno successivo al termine di scadenza previsto dal disciplinare di gara per la presentazione delle offerte. Le stesse considerazioni valgono per quanto riguarda l'automatismo espulsivo previsto dall'art. 15 del disciplinare di gara anche per i casi di parziale versamento della cauzione provvisoria e che dunque secondo la Provincia di Savona impedirebbe comunque ogni

regolarizzazione postuma della cauzione provvisoria versata dalla Gi One. Si tratta come sopra accennato di rilievi che danno luogo ad altrettante ragioni di esclusione dalla gara diverse ed ulteriori rispetto a quella posta a base del provvedimento impugnato ed esaminate nel giudizio di primo grado, che non possono pertanto essere introdotte in giudizio dall'amministrazione resistente cui il medesimo provvedimento è imputabile.

17. L'appello principale deve quindi essere accolto, mentre l'appello incidentale della Provincia di Savona va dichiarato inammissibile. Per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado il ricorso della Gi One deve essere accolto e deve pertanto essere annullata l'esclusione dalla gara con esso impugnata. Le spese di causa possono essere nondimeno compensate, avuto riguardo al fatto che all'origine di essa si pone un errore commesso dalla società ricorrente.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

accoglie l'appello principale;

dichiara inammissibile l'appello incidentale;

per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso della Gi One s.p.a. ed annulla gli atti con esso impugnati;

compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO