

Insufficienza o invalidità della garanzia provvisoria: opera il soccorso istruttorio

Scritto da Interdata Cuzzola | 09/01/2025

Come è noto, in base all'art. 101, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023), *“la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per: a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo (...); la mancata presentazione della garanzia provvisoria (...) è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte (...).*

Alla disposizione in parola è sottesa una *ratio* antiformalistica finalizzata ad evitare che, anche qualora sia rispettata la *par condicio competitorum*, le formalità imposte dalla procedura di gara prevalgano sul dato sostanziale qualitativo delle offerte presentate dagli operatori economici e, per eterogenesi dei fini, pregiudichino il risultato dell'azione amministrativa.

La recente giurisprudenza ha chiarito che il soccorso *integrativo o completivo* di cui all'art. 101, comma 1, lettera a), del Codice *“mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico)”* (Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 4984/2024) e *“prevede solo per la mancata presentazione della garanzia provvisoria, ma non per l'inesattezza della stessa, la possibilità di integrazione mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte”* (TAR Lazio, Roma, sez. II-bis, sent. n. 19040/2024; TAR Campania, Napoli, sez. I, sent. n. 1429/2024).

Il TAR Lazio, Roma, sez. III ter, nella sent. 23 dicembre 2024, n. 23262, richiamando tale disposizione, ha affermato che l'insufficienza o l'invalidità della garanzia provvisoria (ma non la mancata presentazione) costituisce una mera irregolarità sanabile attraverso il soccorso istruttorio (*ex plurimis*: Consiglio di Stato, sez. V, sentt. n. 4984/2024; n. 10274/2022; n. 366/2021).

Nel caso in esame, la garanzia provvisoria era stata costituita dall'operatore economico in data antecedente rispetto alla scadenza del termine di partecipazione alla procedura di gara e presenta delle carenze che, come noto, riguardano l'esplicitazione degli impegni dell'istituto bancario fideiussore e la forma negoziale. L'appendice prodotta dall'interessato, seppur successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, rappresentava il chiarimento dell'intento negoziale espresso con la fideiussione tempestivamente prestata; quindi, non si trattava della violazione dell'obbligo di presentazione della garanzia, ma di una irregolarità del contenuto della stessa, rimediabile attraverso l'istituto del soccorso istruttorio integrativo o completivo.

Tale rimediabilità si ricava dalla formulazione dell'art. 101, comma 1, lett. a), del Codice, che regola in modo espresso l'ipotesi della mancata presentazione della garanzia provvisoria, prevedendo solo in tal caso, quale requisito di validità ai fini del soccorso istruttorio, l'antioriorità della data certa della documentazione prodotta rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte; da tale disciplina si ricava che l'atto integrativo della garanzia già rilasciata al momento della presentazione dell'offerta è ammissibile, anche se cronologicamente successivo, qualora non modifichi l'intento negoziale ma si limiti unicamente a chiarirlo, sopperendo a carenze che non incidono sull'esistenza della garanzia stessa.

Infine, nel caso in esame, la partecipazione alla procedura da parte di un unico operatore economico faceva sì che in concreto non vi potesse essere alcuna lesione della *par condicio competitorum*.