

APPALTI: Contratti della P.A. - Indicazione di un altro servizio analogo nel DGUE in sede di soccorso istruttorio - Modifica dell'offerta in corso di gara - Non sussiste.

Tar Lazio - Roma, Sez. II, 28 giugno 2021, n. 7690

“[...] il soccorso istruttorio si estende anche ai “mezzi di prova” dei requisiti speciali di partecipazione (art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016) dichiarati nel DGUE, fermo restando che tali requisiti devono necessariamente essere posseduti alla data di scadenza della presentazione della domanda;

[...] la ricorrente ha integrato la propria dichiarazione sui requisiti speciali di partecipazione contenuta nel DGUE in ottemperanza e nel rispetto di quanto consente l'art. 80, comma 9, d.lgs. 50/2016, allegando un diverso mezzo di prova del requisito di partecipazione di cui all'art. 7.3 del disciplinare (“servizio analogo”) pur sempre posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda;

- la stazione appaltante ha invece erroneamente ritenuto che l'integrazione così fornita dal concorrente avrebbe dato luogo ad una modificazione dell'offerta, senza tuttavia considerare che una cosa è l'offerta economica e tecnica (certamente non modificabile), altro è la prova dei requisiti speciali di partecipazione integrabili nei limiti consentiti dall'ordinamento;

- il provvedimento impugnato è quindi illegittimo e pertanto va annullato [...].”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e successivamente modificato dall'art. 1, comma 17, del decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183, disciplinante le udienze da remoto;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- la ricorrente ha partecipato al bando di gara indetto in data 18 gennaio 2021 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per “l'affidamento, in concessione, ai sensi dell'art. 164 del D.lgs. n.

50/2016, del servizio di distribuzione automatica di bevande calde, fredde e snack, a ridotto impatto ambientale per la sede del Ministero dell'Economia e delle Finanze di Via XX Settembre, n. 97, Roma”;

- l'art. 7.3 del Disciplinare di gara prevede che “allo scopo di dimostrare adeguata capacità tecnica e professionale, gli operatori economici dovranno dimostrare di aver eseguito, nell'ultimo triennio antecedente all'indizione della presente gara, almeno un contratto avente ad oggetto un servizio analogo a quello della presente concessione (cd. servizio “di punta”), che preveda l'installazione e la gestione di distributori automatici presso strutture pubbliche o private, per un ammontare complessivo non inferiore al 30% del valore della concessione”;

- la stazione appaltante ha attivato in data 31 marzo 2021 il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, nei confronti dell'odierna ricorrente chiedendole chiarimenti “in merito alle dichiarazioni effettuate relativamente al requisito di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 7.3 del Disciplinare di gara”;

- la richiesta di chiarimenti nasceva dalla dichiarazione dell'operatore contenuta nel DGUE che, ai fini della prova del requisito previsto dall'art. 7.3. del disciplinare, aveva indicato come “servizio analogo” quello svolto presso la stazione appaltante per il triennio 2017-2019 (contratto del 27 luglio 2016), laddove invece, “il contratto stipulato in data 27 luglio 2016 tra la Società Royal Coffee e la presente Stazione appaltante è stato dichiarato caducato con l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 4103 del 3 maggio 2018”;

- a seguito del soccorso istruttorio la ricorrente ha prodotto in data 9 aprile 2021 un “DGUE aggiornato” in cui è stato inserito un “altro servizio analogo” a quello di gara (un contratto di affidamento della distribuzione di bevande calde, fredde e snack in essere con altra istituzione pubblica), distinto da quello precedente, al fine di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale (cfr., nota di accompagnamento del “DGUE aggiornato”);

- con il provvedimento 5 maggio 2021 la stazione appaltante ha escluso l'operatore economico ritenendo che “la società non forniva i chiarimenti richiesti e allegava un DGUE aggiornato con altro servizio analogo, diverso da quello originariamente presentato, novando, così, la domanda in un momento successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte”;

- la ricorrente ha gravato il provvedimento di esclusione denunciando in particolare la violazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art.7.3 del bando di gara, evidenziando come il “DGUE aggiornato” era volto ad integrare la dimostrazione del requisito speciale di partecipazione; Considerato che:

- l'art. 83, comma 9, d.lgs. 50/2016, consente il soccorso istruttorio "in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica" e, di conseguenza, la stazione appaltante è tenuta a che siano "rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere";
- il soccorso istruttorio si estende anche ai "mezzi di prova" dei requisiti speciali di partecipazione (art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016) dichiarati nel DGUE, fermo restando che tali requisiti devono necessariamente essere posseduti alla data di scadenza della presentazione della domanda;

Ritenuto che:

- la ricorrente ha integrato la propria dichiarazione sui requisiti speciali di partecipazione contenuta nel DGUE in ottemperanza e nel rispetto di quanto consente l'art. 80, comma 9, d.lgs. 50/2016, allegando un diverso mezzo di prova del requisito di partecipazione di cui all'art. 7.3 del disciplinare ("servizio analogo") pur sempre posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda;
- la stazione appaltante ha invece erroneamente ritenuto che l'integrazione così fornita dal concorrente avrebbe dato luogo ad una modificazione dell'offerta, senza tuttavia considerare che una cosa è l'offerta economica e tecnica (certamente non modificabile), altro è la prova dei requisiti speciali di partecipazione integrabili nei limiti consentiti dall'ordinamento;
- il provvedimento impugnato è quindi illegittimo e pertanto va annullato per difetto di istruttoria, di motivazione e per violazione di legge;
- la domanda risarcitoria non può essere accolta atteso che la posizione della ricorrente potrà essere, in ipotesi, ristorata con l'attribuzione del bene della vita finale sottostante alla posizione di interesse legittimo azionata in giudizio;
- il MEF è tenuto, in sede di esecuzione della presente sentenza, a riesercitare il potere amministrativo, assicurando il contraddittorio procedimentale, emendato dai vizi qui accertati;
- la peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Marina Perrelli, Consigliere

Luca Iera, Referendario, Estensore