

APPALTI: Gara - Soccorso istruttorio - Termine di 10 giorni ex art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 - Nel caso in cui sia di soli tre giorni lavorativi - Illegittimità.

Tar Campania - Salerno, Sez. I, 31 gennaio 2022, n. 256

“[...] L’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 consente alla Stazione appaltante, ai fini del soccorso istruttorio, di assegnare alle parti un termine non superiore a dieci giorni; il termine assegnato dall’Amministrazione resistente, pur essendo contenuto entro tali limiti, comprende solamente tre giorni lavorativi [...] e risulta pertanto irragionevolmente esiguo in relazione alla documentazione da produrre.

Le esigenze di rapida conclusione della procedura di gara, rappresentate dall’Amministrazione, non possono comunque pregiudicare la posizione dei concorrenti, privandoli del tempo necessario alla elaborazione e alla produzione dei documenti richiesti. Tali esigenze ben possono essere soddisfatte mediante il contenimento dei “tempi morti” della procedura mentre, nel caso di specie, la cronologia di gara riferita dall’Amministrazione evidenzia un intervallo di ben dieci giorni tra la presentazione delle offerte e la prima seduta di gara e di sette giorni tra la conclusione dell’esame della documentazione tecnica e l’apertura delle offerte economiche [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 7 gennaio 2022 e depositato il 10 gennaio 2022 la ricorrente impugna l’esclusione dalla procedura aperta per l’affidamento del “servizio mensa scolastica per gli alunni della scuola dell’infanzia e della scuola primaria, e servizio mensa per gli adulti aventi diritto nonché di consegna pasti a domicilio per anziani e disagiati a.s. 2021/2022”, indetta dal Comune di Lioni, nonché l’aggiudicazione della medesima procedura al costituendo raggruppamento controinteressato.

Con nota del 2 dicembre 2021 l’Amministrazione, rilevata l’incompletezza della documentazione amministrativa prescritta dal disciplinare di gara, ha chiesto alla ricorrente di produrre, ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 entro il 7 dicembre 2021:

- l’iscrizione nella *white list* prefettizia;
- comprova del requisito di capacità economica e finanziaria di cui al par. 7.2, lett. b), del disciplinare di gara, mediante idonea referenza bancaria;
- comprova del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al par. 7.3 del disciplinare di gara (relativo allo svolgimento, senza demerito, nel corso degli anni scolastici 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021, di almeno un servizio analogo per tipologia e importo a quello oggetto del contratto);

– la dichiarazione relativa all'accettazione del patto di integrità.

La ricorrente ha quindi prodotto, in data 2 dicembre 2021, la richiesta di iscrizione nella *white list* della competente Prefettura, i bilanci 2018/2019 e un atto di acquisto di un ramo di azienda in sostituzione della dichiarazione bancaria nonché l'elenco dei servizi di ristorazione scolastica svolti con la somministrazione di almeno 15.000 pasti (con indicazione del fatturato, dell'ente di riferimento, dell'importo e del referente), contestando la producibilità dei certificati attestanti la corretta esecuzione di tali servizi.

Constatata la mancata produzione della dichiarazione bancaria e della attestazione relativa al "contratto di punta", l'Amministrazione ha provveduto all'esclusione della ricorrente e all'aggiudicazione della procedura al citato raggruppamento.

La ricorrente lamenta:

- l'irragionevolezza dell'esiguo termine assegnato per la produzione della documentazione richiesta (comprendente solo tre giorni lavorativi);
- l'illegittimità del disciplinare di gara e del provvedimento di esclusione laddove non hanno consentito di dimostrare il possesso del requisito di capacità economica e finanziaria di cui al par. 7.2, lett. b), del disciplinare di gara, mediante la documentazione prodotta in sostituzione della referenza bancaria, considerati il rallentamento delle attività legato al periodo pandemico, la disposizione di cui all'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, l'equipollenza tra i mezzi di prova prevista dall'allegato XVII, parte I, al medesimo decreto;
- la violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 laddove l'Amministrazione non ha chiarito per quale ragione i bilanci prodotti non siano idonei a dimostrare il possesso del requisito di capacità economica e finanziaria di cui al par. 7.2, lett. b), del disciplinare di gara;
- la violazione dell'art. 86, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'allegato XVII, parte II, al medesimo decreto che consentono di comprovare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale mediante il mero elenco dei servizi eseguiti nell'ultimo triennio e precludono la possibilità di richiedere, a pena di esclusione, mezzi di prova non previsti;
- la violazione del principio di non aggravamento del procedimento e dell'art. 43 del d.P.R. n. 445/2000, essendo stati richiesti certificati recanti informazioni che ben avrebbero potuto essere acquisite presso altre Amministrazioni, nonché dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 in quanto la mancata produzione di un certificato emesso da altra Amministrazione non può integrare l'incompletezza o l'irregolarità della documentazione alla base dell'attivazione di soccorso istruttorio.

2. Si è costituita l'Amministrazione intimata eccependo l'inammissibilità del ricorso per tardiva impugnazione delle clausole del bando contestate in quanto immediatamente escludenti nonché l'infondatezza del medesimo.

3. Alla camera di consiglio del 26 gennaio 2021, la causa è stata trattenuta per essere decisa con sentenza breve su richiesta del Comune resistente, a cui ha aderito la ricorrente.

4. È fondato il primo motivo di ricorso.

L'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 consente alla Stazione appaltante, ai fini del soccorso istruttorio, di assegnare alle parti un termine non superiore a dieci giorni; il termine assegnato dall'Amministrazione resistente, pur essendo contenuto entro tali limiti, comprende solamente tre giorni lavorativi (3, 6 e 7 dicembre 2021) e risulta pertanto irragionevolmente esiguo in relazione alla documentazione da produrre.

Le esigenze di rapida conclusione della procedura di gara, rappresentate dall'Amministrazione, non possono comunque pregiudicare la posizione dei concorrenti, privandoli del tempo necessario alla elaborazione e alla produzione dei documenti richiesti. Tali esigenze ben possono essere soddisfatte mediante il contenimento dei "tempi morti" della procedura mentre, nel caso di specie, la cronologia di gara riferita dall'Amministrazione evidenzia un intervallo di ben dieci giorni tra la presentazione delle offerte e la prima seduta di gara e di sette giorni tra la conclusione dell'esame della documentazione tecnica e l'apertura delle offerte economiche.

5. È fondato altresì il secondo motivo di ricorso.

Le referenze bancarie, in realtà, non costituiscono un requisito ma un mezzo di comprova di un più complesso requisito di capacità economica e finanziaria; il *proprium* di tale requisito, comprovabile mediante le citate referenze, è costituito dalla solidità dell'impresa, dalla stabilità delle sue relazioni commerciali, dal pieno inserimento della stessa nel tessuto economico, dalla capacità di gestire correttamente e regolarmente l'attività, elementi questi che possono essere attestati dagli istituti bancari con cui l'impresa intrattiene rapporti per l'ampio patrimonio di informazioni di cui questi dispongono ma che ben possono essere desunti anche dalla documentazione relativa all'impresa, adeguatamente valutata.

Infatti, la previsione di cui all'art. 86, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 consente all'operatore economico "che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice [di] provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante". Alla luce di tale previsione, della sostanziale equiparazione tra bilanci e referenze bancarie operata dall'allegato XVII, parte I, al d.lgs. n. 50/2016 ai fini della comprova del possesso dei requisiti di capacità

economica e finanziaria, delle ragioni rappresentate dal concorrente nonché dell'avvenuta presentazione dei bilanci (dichiaratamente, anche ai fini del possesso del requisito di cui al par. 7.2 del disciplinare di gara), l'Amministrazione avrebbe dovuto provvedere alla valutazione della documentazione prodotta al fine di verificare se la stessa fosse idonea ai fini della verifica del possesso del citato requisito e adottare le conseguenti e motivate determinazioni (cfr. anche TAR Lazio – Roma, sez. III, 15 marzo 2021, n. 3103).

6. Sono altresì fondati il terzo e il quarto motivo di ricorso nei termini che seguono.

Ai fini della comprova del requisito di cui al par. 7.3 del disciplinare di gara, avendo la ricorrente presentato un circostanziato elenco dei servizi analoghi svolti, l'Amministrazione avrebbe ben potuto riscontrare tali informazioni direttamente presso l'Amministrazione destinataria delle prestazioni, secondo la previsione di cui all'art. 43, comma 1, del d.P.R. n. 445/2000, applicabile anche alle procedure di gara; afferma infatti il Consiglio di Stato: *“il Collegio osserva che il DPR n. 445/2000, in materia di documentazione amministrativa, pacificamente trova applicazione nella materia degli appalti pubblici, essendo lo stesso codice a legittimarne l'uso. Sicché non può che trovare applicazione anche l'innovazione introdotta con l'art.15 della legge 183/2011, che, per quanto qui interessa, ha introdotto il seguente comma all'art. 40: «01. Le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47» ed all'articolo 43 ha sostituito il comma 1 col seguente: <<1. Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato».*

E' evidente, ad una lettura unitaria delle norme in questione, che gli accertamenti d'ufficio disciplinati dall'art. 43, comma 1, D.P.R. 445/2000, come novellato dal citato art. 15 della l. 183/2011, riguardano tutte le ipotesi di informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 dello stesso D.P.R., dichiarazioni sostitutive che gli artt. 41 e 42 del codice dei contratti pubblici consentono ai concorrenti di utilizzare per comprovare i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-professionale, salvo verifica successiva da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 commi 1 e 3, senza che possa in alcun modo rilevare la

“specialità” della disciplina dei contratti pubblici” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 26 settembre 2013, n. 4785).

7. Le ampie possibilità di comprova dei requisiti di capacità economica e finanziaria, offerte dall’art. 86 del d.lgs. n. 50/2016 e dall’allegato XVII al medesimo decreto (disposizioni prevalenti rispetto alle previsioni del bando, in quanto espressione del più generale principio di massima partecipazione), escludono la necessità di una immediata impugnazione delle prescrizioni della *lex specialis* relative alla comprova dei requisiti in questione; tali previsioni, infatti, senza precludere nell’immediato la partecipazione del concorrente, erano destinate a rivelarsi lesive solo in caso di esclusione determinata da valutazioni della documentazione di comprova di segno negativo e in contrasto con le superiori previsioni normative.

8. Il ricorso è pertanto fondato e va accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo; è possibile procedere alla compensazione delle spese nei confronti delle controinteressate in ragione della mancata costituzione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Lioni al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidate in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge e alla refusione del contributo unificato, da distrarsi in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

Compensa le spese nei confronti delle controinteressate Gusto e Co. e Progetto 2000.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l’intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.