

APPALTI: Contratti della Pubblica amministrazione - Soccorso istruttorio - Principi - Ratio - Limiti.

Cons. Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308

1. “[...] All’esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per ‘regolarizzare’, ma anche per ‘integrare’ la documentazione mancante. L’attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall’art. 52, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell’estendere l’ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo».

Le fattispecie sottratte all’operatività dell’istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all’offerta economica e all’offerta tecnica», e dalla «carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato.

Resta fermo che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione (alla data di presentazione della domanda) non è sanabile e determina l’esclusione dalla procedura di gara [...]”.

2. “[...] Il soccorso istruttorio è espressione del ‘giusto procedimento’ e sottende una puntuale direttrice di valore: le regole precettive che disciplinano l’azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l’ordinamento, tramite di esse, intende presidiare.

La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali rationes: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruzione; dall’altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l’Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato).

Lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all’esecuzione delle prestazioni oggetto

dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici.

Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva.

Nel solco della stessa direttrice valoriale si colloca, in tema di avvalimento, anche l'art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante impone «all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione» [...]".

FATTO

1.– I fatti principali, utili ai fini del decidere, possono essere così sintetizzati:

- in data 4 luglio 2019, l'Università degli Studi di Napoli Federico II indiceva una procedura aperta per l'affidamento del «Servizio di Conduzione e Manutenzione presso Edifici UNINA in sei lotti», da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- la Società Internazionale Costruzione Impianti S.R.L. (di seguito: 'SICI') partecipava alla suddetta procedura in relazione al lotto n. 3, relativo al "Servizio di Conduzione e Manutenzione degli impianti e delle strutture di competenza dell'Ufficio Tecnico Area Centro 3", della durata di 6 anni e l'importo a base d'asta di € 7.209.674,58;
- con provvedimento del 26 settembre 2019, la Stazione appaltante disponeva l'esclusione dalla gara della SICI, in quanto ritenuta carente del requisito di capacità economico finanziaria di cui al paragrafo 7.2.c), del disciplinare, relativo al fatturato globale minimo annuo, requisito non integrato dal contratto di avvalimento stipulato con la Research Consorzio Stabile a r.l., avente ad oggetto esclusivamente il requisito di capacità tecnica e professionale (previsto al punto 7.3, lettera g.1), relativo all'esecuzione servizi analoghi;
- con istanza di autotutela del 30 settembre 2019, la SICI deduceva di possedere in proprio il requisito di capacità economico finanziaria di cui al paragrafo 7.2.c), senza necessità dell'avvalimento;
- con provvedimento prot. 0104112 del 17 ottobre 2019, la Stazione appaltante, in accoglimento della predetta istanza, annullava in autotutela il provvedimento di esclusione, disponendone la riammissione;

- all'esito della valutazione delle offerte, la SICI risultava al primo posto della graduatoria di gara, avendo formulato l'offerta economicamente più vantaggiosa, con un punteggio pari a punti 91,279, e conseguentemente, con provvedimento dirigenziale del 16 marzo 2020, la Stazione appaltante disponeva in suo favore l'aggiudicazione definitiva;

- con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la CPL Concordia società cooperativa (di seguito: 'CPL'), posizionatasi al secondo posto della graduatoria con punteggio pari a 86,794, impugnava l'esito della procedura di gara, lamentando che:

i) SICI, in sede di gara, aveva dichiarato di far ricorso all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla carenza del requisito di capacità economica e finanziaria di cui al par. 7.2.c), e dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al par. 7.3.g.1) e g3): il contratto di avvalimento, però, non riportava alcun impegno da parte dell'ausiliaria a prestare il requisito di capacità economico-finanziaria ma soltanto quello di capacità tecnica professionale;

ii) il contratto di avvalimento tra SICI ed il Consorzio Reserach, pur avendo ad oggetto il prestito del requisito di "esperienza pregressa" (punto 7.3 del disciplinare), non conteneva «l'impegno dell'ausiliaria ad assumere un ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio, e non solo a trasmettere all'ausiliata il know how e la struttura organizzativa dall'esterno», con conseguente nullità del contratto di avvalimento;

iii) la SICI avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di affidamento anche a causa dell'assoluta carenza della dichiarazione ai sensi dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016: in particolare, sarebbe dovuto risultare chiaramente, dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante, che quest'ultima prestava le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito;

- con successivi motivi aggiunti, la CPL lamentava che la riammissione di SICI era stata determinata da un illegittimo ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, per aver il seggio di gara ammesso la controinteressata a rettificare la dichiarazione integrativa (relativa al modello A2), sotto il profilo dell'afferenza del contratto di avvalimento al solo requisito di capacità tecnico professionale (e non anche al requisito di fatturato globale), e ad allegare documentazione essenziale non tempestivamente prodotta in sede di gara;

- la SICI proponeva ricorso incidentale, censurando a sua volta l'omessa esclusione di CPL dalla gara.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, con sentenza n. 1528 dell'8 marzo 2021: i) respingeva il ricorso incidentale proposto dalla SICI volto ad ottenere l'esclusione dalla gara della società ricorrente; ii) respingeva l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti per

tardività; iii) in accoglimento del primo motivo di ricorso e del primo motivo aggiunto, annullava l'aggiudicazione, dichiarando l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 del c.p.a..

3.– Avverso la sentenza di primo grado la SICI ha proposto appello, adducendo che:

- il primo motivo di ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, perché il contenuto della doglianza non era rispondente alla effettiva valutazione operata dalla stazione appaltante in sede di autotutela;

- il primo motivo aggiunto avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile, in quanto tutti gli atti di cui si compone l'istruttoria sottesa alla riammissione in gara erano specificamente ed espressamente menzionati nel verbale di gara del 16 ottobre 2019; peraltro, con l'istanza di accesso del 29 gennaio 2020, CPL aveva dimostrato di conoscere l'esito della gara e i relativi atti presupposti;

- nel merito, non ci sarebbe dubbio sul fatto che l'attivazione del soccorso istruttorio era non solo ammessa, ma anche doverosa, a fronte del possesso in proprio ed ex ante del requisito di fatturato globale di cui al paragrafo 7.2. del disciplinare;

- la pronuncia di inefficacia del contratto sarebbe altresì erronea, in quanto non terrebbe conto dell'effettivo avvio del servizio a far data dal 1 aprile 2020, degli investimenti profusi dall'appaltatore e del conseguente radicamento nell'appalto.

4.– L'Università degli Studi di Napoli Federico II ha spiegato appello incidentale, argomentando anch'essa l'erroneità della sentenza di primo grado e insistendo affinché il ricorso in prime cure venga respinto.

5.– La CPL si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto del gravame e riproponendo il secondo motivo di ricorso e il secondo motivo aggiunto, rimasti assorbiti in primo grado.

Con tali doglianze, la società appellata contesta che SICI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche sotto un altro profilo: il contratto di avvalimento stipulato tra SICI ed il Consorzio Research, avente ad oggetto il solo prestito del requisito di capacità tecnica professionale, sarebbe nullo in quanto carente dell'impegno da parte dell'ausiliaria ad eseguire le prestazioni direttamente ai sensi dell'art. 89, comma 1, del codice dei contratti, e dunque dell'impegno ad assumere un ruolo diretto, operativo ed esecutivo.

6.– Con ordinanza n. 3078 del 9 giugno 2021, la Sezione – rilevato che *«nelle more della decisione del merito, nella comparazione tra i contrapposti interessi, prevale l'esigenza di mantenere integra la res iudicanda, assicurando la continuità del servizio in corso di esecuzione»* – ha accolto l'istanza cautelare e, per l'effetto, ha sospeso l'esecutività della sentenza appellata.

7.– All'odierna udienza del 3 febbraio 2022, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.– Vanno esaminati congiuntamente l'appello principale e incidentale.

1.1.– Come già precisato nella premessa in fatto, il disciplinare di gara aveva previsto:

- al punto 7.2., come requisito di capacità economico-finanziaria, un fatturato globale minimo annuo, nel triennio 2016/2018, pari a €1.201.612,43, oltre IVA;
- al punto 7.3., quale requisito di requisiti di capacità tecnica e professionale, aveva richiesto l'«esecuzione servizi/lavori analoghi: g.1) Per la parte SERVIZI: Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio (inteso quale somma degli importi del triennio antecedente a far data dal mese precedente alla pubblicazione del presente bando) servizi identici e/o analoghi a quelli oggetto dell'appalto presso enti pubblici o privati per un importo non inferiore a: (...) g3) per il lotto 3 ad € 1.181.612,43, oltre IVA».

La SICI, nella documentazione presentata per la partecipazione alla gara – ed in particolare, nella dichiarazione di cui all'allegato A2 –, aveva indicato di possedere «in misura parziale» entrambi i requisiti, e di voler fare per essi ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Il mancato riferimento nel contratto di avvalimento anche al requisito economico-finanziario di cui al punto 7.2 aveva così indotto inizialmente la stazione appaltante ad escludere SICI s.r.l. dalla gara. La SICI aveva quindi proposto istanza di riammissione in autotutela, rappresentando che il requisito economico-finanziario era posseduto in proprio, come era dimostrabile dai bilanci di esercizio che si chiedeva di esibire attraverso il soccorso istruttorio.

La stazione appaltante, riscontrati favorevolmente i dati di bilancio, riammetteva la SICI.

1.2.– Ebbene, secondo il giudice di primo grado, non sarebbe consentito modificare i contenuti della domanda di partecipazione e delle connesse dichiarazioni in un tempo successivo rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, addirittura integrando la relativa documentazione probatoria, trattandosi di una vera e propria «novazione della domanda», in violazione della perentorietà del termine di presentazione delle offerte.

L'argomentazione della commissione di gara – che ha ritenuto di «far prevalere la sostanza sulla forma», assegnando decisiva rilevanza all'effettivo possesso del requisito – sarebbe dunque illegittima.

1.3.– Ritiene il Collegio che tale statuizione del Tribunale Amministrativo regionale è erronea.

2.– Come è noto, la legge generale sul procedimento amministrativo attribuisce al responsabile del procedimento il compito di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete (legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 6, comma 2, lettera b).

Nonostante la suddetta disposizione indichi che il responsabile del procedimento «può chiedere», la giurisprudenza ha finito per considerare il c.d. soccorso istruttorio come un dovere e non come una mera facoltà (cfr. *ex plurimis*: Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248);

L'istituto è volto a garantire la massima collaborazione possibile tra privato ed amministrazione pubblica e, nel contempo, il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento, con il risultato che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici.

Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza.

2.1.– Mentre nei procedimenti non comparativi il soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata applicativa, nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi – segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti – che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra 'regolarizzazione', generalmente ammessa, ed 'integrazione' documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un *vulnus* del principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure.

All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante.

L'attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell'estendere l'ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo».

Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all'offerta economica e all'offerta tecnica», e dalla «carenze della

documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato.

Resta fermo che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione (alla data di presentazione della domanda) non è sanabile e determina l'esclusione dalla procedura di gara.

2.2.– Il soccorso istruttorio è espressione del 'giusto procedimento' e sottende una puntuale direttrice di valore: le regole precettive che disciplinano l'azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l'ordinamento, tramite di esse, intende presidiare.

La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali rationes: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruzione; dall'altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l'Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato).

Lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici.

Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva.

Nel solco della stessa direttrice valoriale si colloca, in tema di avvalimento, anche l'art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante impone «all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione».

2.3.– Su queste basi, è evidente come, nel caso di specie, non sia ravvisabile un uso distorto del soccorso istruttorio.

L'Amministrazione ha consentito infatti di documentare (attraverso l'allegazione dei bilanci) il possesso in proprio di un requisito (il fatturato) posseduto ex ante (circostanza pacifica e incontestata nel presente giudizio).

La precisazione fornita (in relazione alla dichiarazione di cui all'Allegato A2) non implica nessuna modifica della domanda di partecipazione né, tanto meno, dell'offerta, ragione per cui è del tutto fuorviante parlare di «novazione», espressione che nel lessico giuridico alluderebbe ad una modifica della 'base negoziale' posta a base della partecipazione in gara.

Per di più, il possesso in proprio del requisito del fatturato globale emergeva anche dalla documentazione prodotta unitamente alla domanda di partecipazione, ed in particolare dal possesso dell'attestato SOA per le categorie e qualifiche prescritte dalla lex specialis.

In definitiva, l'Amministrazione ha fatto buon governo della legge e dello stesso disciplinare che, all'art. 14, nel delineare i presupposti e le modalità del soccorso istruttorio prevedeva che «la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta».

3.– I motivi riproposti da CPL, rimasti assorbiti in primo grado, sono infondati.

3.1.– CPL contesta la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra SICI e il Consorzio Research, volto ad integrare il requisito di capacità tecnico professionale (di cui al paragrafo 7.3.g.1), relativo allo svolgimento nell'ultimo triennio di servizi identici o analoghi a quelli oggetto dell'appalto. L'invalidità deriverebbe dal fatto che tale contratto non contemplerebbe «un ruolo diretto operativo ed esecutivo da parte dell'ausiliaria», ai sensi dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui: *«[p]er quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste».*

3.2.– La norma è evocata in modo erroneo.

Il requisito del pregresso svolgimento di servizi analoghi non ricade infatti nello spettro applicativo della disposizione sopra richiamata, la quale costituisce una eccezione rispetto alla regola generale di cui all'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui «il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

La necessità del coinvolgimento esecutivo dell'ausiliaria non si applica indiscriminatamente a tutti i requisiti che fanno riferimento all'esperienza maturata dall'operatore economico, ma solo a quelli afferenti al possesso di particolari «titoli di studio e professionali» del prestatore di servizi o dell'imprenditore o dei dirigenti dell'impresa. Tale regola si fonda sul presupposto della ritenuta infungibilità di prestazioni che, richiedendo la spendita di una specifica abilitazione, sono

espressive di capacità non ‘trasferibili’ con la semplice messa a disposizione in cui consiste generalmente l’avvalimento. Su queste basi, anche le «esperienze professionali pertinenti» sono soltanto quelle pertinenti ai suddetti «titoli di studio e professionali».

Tale interpretazione, oltre che rispondere alla lettera della legge, è l’unica che, sul piano sistematico, appare coerente con la *funzione* del contratto di avvalimento, la quale deve ravvisarsi non nell’associarsi ad altri per eseguire il contratto, bensì nell’acquisire ‘in prestito’ le risorse altrui per svolgere in proprio la commessa pubblica.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, anche di recente, ha escluso che l’aver eseguito servizi pregressi per un dato importo, anche laddove prescritto fra i requisiti di natura tecnico-professionale, valga a configurare una «esperienza professionale pertinente» ai sensi dell’art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente prestazione diretta dell’attività da parte dell’ausiliaria (cfr., sentenze, Sez. IV, 17 dicembre 2020, n. 8111; Sez. V, 26 aprile 2021, n. 3374).

4.– In definitiva, l’appello principale ed incidentale devono essere accolti, mentre debbono essere respinti i motivi che parte appellata ha qui riproposto ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a..

Possono quindi assorbirsi le ulteriori questioni pregiudiziali (di irricevibilità e inammissibilità del ricorso di primo grado) sollevate dall’appellante principale.

4.1.– Le spese di lite del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, secondo la regola generale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando:

- accoglie gli appelli principale e incidentale;
- respinge i motivi riproposti dalla società CPL Concordia ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a.;
- per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge integralmente il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado;
- condanna la società CPL Concordia al pagamento delle spese di lite del doppio grado di giudizio in favore degli appellanti principale e incidentale, che si liquidano in € 4.000,00, in favore di ciascuno di essi, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l’intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE

Dario Simeoli

IL PRESIDENTE

Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO