

APPALTI: Gara - Soccorso istruttorio - Ex art. 83, d.lgs. n. 50/2016 - Per la produzione di documenti - Inosservanza del termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante - Esclusione del concorrente interessato - Va disposta - Ragioni.

Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2022, n. 11250

“[...] La disciplina del soccorso istruttorio autorizza la sanzione espulsiva “quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale” [...].

“La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha più volte affermato la natura perentoria del termine per l’integrazione della documentazione, a seguito dell’attivazione del soccorso istruttorio, ai fini di un’istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell’ammissibilità della domanda [...].

In tale contesto la medesima giurisprudenza ha rilevato come la disciplina del soccorso istruttorio autorizzi la sanzione espulsiva “quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale” [...].

Il che risulta del resto coerente, oltrech  con la ratio, anche con la lettera dell’attuale art. 83, comma 9, il quale espressamente prevede: “in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente   escluso dalla gara”; n  ci  determina alcuna aporia o irragionevolezza del sistema, stante la necessaria certezza e rapidit  del sub-procedimento di soccorso istruttorio, nonch  la specificit  del perimetro che ne costituisce l’oggetto, prescindendosi – in tale fase – dall’effettiva e sostanziale integrazione dei requisiti, di cui semplicemente si richiede di fornire documentazione probatoria o adeguata dichiarazione.

Per tali ragioni, appurata la violazione del termine per la necessaria integrazione documentale richiesta, va escluso che il dedotto possesso sostanziale dei requisiti, cos  come l’anteriorit  rispetto al suddetto termine dei relativi documenti dimostrativi possano valere a impedire l’esclusione del concorrente inadempiente.

Allo stesso modo, nessuna motivazione qualificata o ulteriore rispetto al richiamo dell’attivazione del soccorso e della mancata tempestiva trasmissione della relativa documentazione si rende necessaria ai fini della legittimit  del provvedimento espulsivo” [...].

Invero, per il principio di autoreponsabilit  i partecipanti alle procedure di evidenza pubblica sono tenuti a sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione di documenti e dichiarazioni non conformi al bando [...].

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cagliari e dell'Impresa Lattuca Vincenzo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2022 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Piras, Delunas, in delega dell'Avv. Frau, ed Amoroso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Ledda Costruzioni S.n.c., seconda classificata, ha impugnato la determinazione n. 5214 del 2 agosto 2021 con la quale il Dirigente del Servizio Stazione Unica Appaltante del Comune di Cagliari ha aggiudicato all'Impresa Lattuca Vincenzo la procedura per l'affidamento con il criterio del prezzo più basso dei *“Lavori di rifunzionalizzazione dell'area San Paolo a Cagliari finalizzata alla realizzazione del Parco urbano attrezzato sportivo ed educativo – Demolizione e bonifica”*, nonché gli atti e i verbali di gara nella parte in cui hanno dapprima disposto di ammettere con riserva l'Impresa Lattuca alla procedura e quindi, dopo aver attivato infruttuosamente il soccorso istruttorio e averla correttamente esclusa per non aver ottemperato alle richieste documentali, hanno riammesso la medesima Impresa.

La ricorrente ha, altresì, chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato dal Comune di Cagliari con la controinteressata, con conseguimento dell'aggiudicazione dell'appalto, a titolo di risarcimento in forma specifica, con subentro nel contratto di appalto.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna ha respinto il ricorso con sentenza n. 188 del 2022, appellata da Ledda Costruzioni S.n.c. per il seguente motivo di diritto:

I) *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e ss.mm.ii. e degli articoli 7 e 16 del disciplinare di gara – violazione dei principi generali in materia di evidenza pubblica e specialmente della *par condicio* – eccesso di potere per travisamento ed errata valutazione di presupposti in fatto e in diritto – violazione del principio di autoresponsabilità – omessa pronuncia – errata percezione degli atti di causa e del materiale probatorio.

Si sono costituiti per resistere all'appello il Comune di Cagliari e l'Impresa Lattuca Vincenzo.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive difese.

All'udienza pubblica dell'1 dicembre 2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Ledda Costruzioni di Ledda Lucio e C. S.n.c. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna n. 188 del 2022 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione all'Impresa Lattuca Vincenzo della gara di appalto al prezzo più basso per l'affidamento di lavori di riqualificazione del parco urbano San Paolo.

L'Impresa Lattuca Vincenzo, priva dell'attestazione SOA per la categoria OS23 classifica III bis richiesta dal bando, ha partecipato alla procedura di gara avvalendosi di tre ausiliari ma omettendo di presentare l'allegato al contratto di avvalimento recante l'elenco dei mezzi e delle risorse messi a sua disposizione dal Consorzio ARTEK.

Con nota del 12 maggio 2021 il comune di Cagliari ha perciò invitato l'Impresa a provvedere all'invio della documentazione mancante nel termine perentorio di sette giorni.

Nei termini concessi Lattuca ha prodotto un elenco mezzi sottoscritto dall'ausiliario il 12 maggio 2021 e dall'ausiliata il 18 maggio 2021, e quindi dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (le ore 11.00 del 21 aprile 2021) ed è stata esclusa dalla gara per avere omesso di trasmettere l'elenco dei mezzi e delle risorse, elemento essenziale del contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio Artek, anche in virtù di quanto disposto a pena di esclusione dall'art. 16 del disciplinare di gara (cfr. verbale n. 2).

Il 25 maggio 2021 l'Impresa Lattuca ha inserito nella piattaforma telematica un nuovo elenco mezzi asseritamente allegato al contratto di avvalimento, per sostituire il documento prodotto in sede di soccorso istruttorio.

Nella seduta del 26 maggio successivo, il seggio di gara ha quindi disposto di riammettere alla gara l'Impresa Lattuca sulla base di tale produzione (cfr. verbale n. 3).

La sentenza ha ritenuto legittima la riammissione in gara di Lattuca.

Con l'unico motivo dedotto l'appellante lamenta, sostanzialmente, l'illegittimità della riammissione in gara della controinteressata, in considerazione del mancato rispetto del termine perentorio di sette giorni per l'esercizio del soccorso istruttorio. Inoltre, la sentenza appellata sarebbe erronea, altresì, per avere affermato l'identità tra i due documenti (elenco mezzi firmati prima e dopo il termine di presentazione delle offerte) nonostante non fossero stati prodotti entrambi in giudizio. Invero, il report non potrebbe servire ad attestare la data dell'apposizione della firma, ma solo l'apposizione stessa.

Lattuca ha riproposto, in via preliminare, l'eccezione di inammissibilità del motivo che era stato dedotto per la prima volta con le difese conclusionali. La ricorrente non avrebbe mai prospettato in ricorso, quale causa di esclusione, l'eventuale diversità del documento (l'allegato al contratto di

avvalimento) prodotto a riscontro (nei termini) del soccorso istruttorio rispetto a quello caricato sul portale telematico il 25 maggio, avendo sempre (e soltanto) sostenuto che il documento (sempre lo stesso, quindi) era stato formato ex post con sottoscrizione il 18 maggio. Con la conseguenza che l'erronea censura accennata con la memoria conclusiva costituirebbe profilo nuovo contenuto in atto defensionale successivo al ricorso e non notificato sul quale non ci sarebbe stato il contraddittorio e, quindi, inammissibile.

L'appello è fondato per la censura principale, potendo il Collegio prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dell'ulteriore profilo di censura dedotto dall'appellante.

Dall'esame degli atti prodotti in giudizio risulta, infatti, che l'elenco mezzi con firma 19 aprile non è stato allegato all'offerta e che entro il termine concesso dalla stazione appaltante per il soccorso istruttorio è stato prodotto solo quello firmato successivamente (cfr. allegato 6, doc. 5, depositato da Lattuca l'11 ottobre 2021 nel fascicolo di I grado, da cui si evince che il documento firmato il 19 aprile è stato trasmesso alla stazione appaltante solo il 25 maggio 2021).

Il Comune non poteva riammettere alla gara l'Impresa Lattuca, considerata la tardività della produzione documentale, inserita nel portale Sardegna CAT solo il 25 maggio 2021, quando erano trascorsi tredici giorni dalla richiesta istruttoria e sei dalla scadenza del termine perentorio all'uopo assegnatole. Ed invero, la richiesta di integrazione documentale, con assegnazione del termine perentorio di sette giorni per provvedere, è stata inviata ed è pervenuta all'Impresa Lattuca il 12 maggio 2021 e, in ossequio a quanto previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché al punto 16 del disciplinare di gara, avrebbe dovuto essere riscontrata entro il successivo 19 maggio. Ne consegue che, in considerazione della perentorietà del termine la cui inosservanza era sanzionata con l'esclusione anche dalla *lex specialis*, la stazione appaltante illegittimamente ha riammesso alla gara l'Impresa Lattuca.

La disciplina del soccorso istruttorio autorizza la sanzione espulsiva “*quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale*” (Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16).

“*La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha più volte affermato la natura perentoria del termine per l'integrazione della documentazione, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, ai fini di un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (su tutte, cfr. Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3667; 22 ottobre 2015, n. 4849; 18 maggio 2015, n. 2504; III, 21 gennaio 2015, n. 189; incidentalmente anche Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16).*”

In tale contesto la medesima giurisprudenza ha rilevato come la disciplina del soccorso istruttorio autorizzi la sanzione espulsiva “quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, all’obbligo di integrazione documentale” (su tutte, Ad. Plen. 16/2014, cit.; Cons. Stato, 4849/2015, cit.).

Il che risulta del resto coerente, oltrech  con la ratio, anche con la lettera dell’attuale art. 83, comma 9, il quale espressamente prevede: “in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente   escluso dalla gara”; n  ci  determina alcuna aporia o irragionevolezza del sistema, stante la necessaria certezza e rapidit  del sub-procedimento di soccorso istruttorio, nonch  la specificit  del perimetro che ne costituisce l’oggetto, prescindendosi – in tale fase – dall’effettiva e sostanziale integrazione dei requisiti, di cui semplicemente si richiede di fornire documentazione probatoria o adeguata dichiarazione.

Per tali ragioni, appurata la violazione del termine per la necessaria integrazione documentale richiesta, va escluso che il dedotto possesso sostanziale dei requisiti, cos  come l’anteriorit  rispetto al suddetto termine dei relativi documenti dimostrativi possano valere a impedire l’esclusione del concorrente inadempiente.

Allo stesso modo, nessuna motivazione qualificata o ulteriore rispetto al richiamo dell’attivazione del soccorso e della mancata tempestiva trasmissione della relativa documentazione si rende necessaria ai fini della legittimit  del provvedimento espulsivo” (Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3592).

Invero, per il principio di autoresponsabilit  i partecipanti alle procedure di evidenza pubblica sono tenuti a sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione di documenti e dichiarazioni non conformi al bando (cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540).

Considerata la perentorit  del termine assegnato con il soccorso istruttorio che scadeva il 19 maggio 2021, il deposito tardivo non poteva superare l’esclusione, con conseguente illegittimit  della riammissione alla gara dell’Impresa Lattuca.

Alla luce delle suesposte considerazioni l’appello va accolto e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado con il conseguente diritto all’aggiudicazione in favore dell’appellante, o qualora il contratto fosse stato stipulato, con subentro nel medesimo.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi, in ragione delle peculiarit  della controversia, per disporre l’integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, come in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

IL SEGRETARIO