

Il Consiglio di Stato torna sul soccorso istruttorio

di Gianluca Angelini

Data di pubblicazione: 5-12-2016

L'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, disciplina il subprocedimento del controllo dei requisiti secondo una struttura che salvaguarda la celerità dell'intera procedura di evidenza pubblica.

Sulla detta interpretazione non ha inciso l'introduzione dello strumento del soccorso istruttorio di cui agli art. 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006. Al riguardo, deve notarsi che si tratta di istituti del tutto distinti.

La differenza tra i due istituti è radicale. Quest'ultimo, infatti, consente di integrare e regolarizzare quei documenti ivi incluse le dichiarazioni che devono essere allegate all'offerta. L'altro, invece, entro un termine perentorio impone ai concorrenti sorteggiati di dimostrare quanto affermato in sede di dichiarazione. Pertanto, il soccorso istruttorio che dilaterrebbe, ulteriormente, la procedura di evidenza pubblica non può essere utilizzato anche all'interno di questo subprocedimento.[\[1\]](#)[\[2\]](#)

[\[1\]](#) Cons. Stato, V, 7 luglio 2014, n. 3431, Tar Abruzzo, L'Aquila sentenza 41 dell' 11 febbraio 2016, Cons. Stato, V, n. 2274 del 2014, Tar Lazio, Roma, n. 3625 del 2015, Tar Campobasso, n. 44 del 2013.

[\[2\]](#) Contra: Anac, determinazione n.995 del 7 settembre 2016.

Guida alla lettura.

La sentenza in esame consente di riproporre un caso normativo di una rilevante attualità afferente la compatibilità dell'uso dell'istituto dello strumento del c.d. soccorso istruttorio ex artt.38 (oggi artt. 80 e 83 D.Lgs.50/2016) e 46 D.lgs. 163/2006 (oggi art.83 D.Lgs.50/2016) con il sub procedimento ex art.48 del previgente Codice.

L'interesse al caso, per quanto meglio vedremo in seguito, è acuito da una diversità di vedute tra la giurisprudenza amministrativa e l'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

Il principio ribadito nella sentenza in esame è che, quindi, l'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, disciplina il subprocedimento del controllo dei requisiti secondo una struttura che salvaguarda la celerità dell'intera procedura di evidenza pubblica.

E' pacifico, sul punto come il termine per comprovare il possesso dei requisiti di cui all'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici) ha carattere ordinatorio-sollecitatorio con riferimento alle posizioni dell'aggiudicatario e del secondo graduato, mentre è dichiaratamente perentorio il termine stabilito dal comma 1, concernente la diversa ipotesi della verifica a campione delle imprese offerenti sorteggiate.

Sulla detta interpretazione non ha inciso l'introduzione dello strumento del soccorso istruttorio di cui agli art. 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006. Al riguardo, deve notarsi che si tratta di istituti del tutto distinti. Il primo consente che siano integrate o regolarizzate le dichiarazioni del concorrente, ivi incluse le dichiarazioni sostitutive. Il secondo, invece, impone all'amministrazione di richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

La differenza tra i due istituti è radicale. Il primo infatti consente di integrare e regolarizzare quei documenti ivi incluse le dichiarazioni che devono essere allegate all'offerta. Il secondo, invece, entro un termine perentorio impone ai concorrenti sorteggiati di dimostrare quanto affermato in sede di dichiarazione. Pertanto, il soccorso istruttorio che dilaterrebbe, ulteriormente, la procedura di evidenza pubblica non può essere utilizzato anche all'interno di questo subprocedimento.

In altri termini, La prova del possesso dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria richiesti dalla Stazione appaltante, quindi, deve essere data mediante la produzione di una documentazione che confermi detto possesso e comprovi le dichiarazioni in precedenza rese.

La mancata produzione di questa documentazione non può non portare all'esclusione dalla gara.

In particolare, detta esclusione interviene: a) sia in ipotesi di mancata produzione di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti; b) sia in ipotesi di mancata produzione di prove entro

il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere della prova grava sull'impresa; c) sia in ipotesi di produzione e documentazione che non confermi (nel senso che neghi o che non sia sufficiente a confermare) le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta.

Peraltro, il termine di 10 giorni prescritto dal primo comma del citato art. 48 ha natura perentoria, in

ragione dell'esigenza di celerità insita nella specifica fase del procedimento concorsuale edell'automaticità della comminatoria prevista per la sua inosservanza, salvo che il concorrente dimostri l'oggettiva impossibilità di produzione tempestiva della documentazione.

Di conseguenza, non può ammettersi la produzione tardiva di documentazione mancante: nessun soccorso istruttorio è allora possibile da parte della Stazione appaltante per consentire, dopo la scadenza del suddetto termine, la produzione di documenti comprovanti i richiesti requisiti di partecipazione, che, nonostante il formale invito, non siano stati tempestivamente prodotti dal concorrente in gara.

Né è sufficiente che il concorrente estratto fornisca un indizio di prova circa il possesso dei requisiti, come nella fattispecie, quello del requisito tecnico dei professionisti incaricati della progettazione, dal momento che la norma è chiara nel senso che deve essere offerta la prova della titolarità del requisito in questione, né si possono riversare sull'amministrazione oneri istruttori al fine di accertare un requisito, che non può che essere nella titolarità del concorrente. Sicché, l'onere dimostrativo in questione si accompagna al principio di autoresponsabilità di chi rende dichiarazioni sostitutive.

Si segnala, di contrario avviso, la deliberazione ANAC n.955 del 7 settembre 2016 che, nonostante il diverso avviso e, ormai concorde, della giurisprudenza amministrativa, afferma invece che *“il potere dovere del soccorso istruttorio previsto dall'art.46 del Codice può trovare applicazione nell'ambito del procedimento di verifica del possesso dei requisiti. I requisiti di partecipazione relativi alla capacità tecnica, se sussistenti al momento della presentazione delle offerte, possono essere documentati in applicazione della procedura di soccorso istruttorio in sede di verifica ex art.48 del Codice, giacchè in tal senso l'integrazione documentale successiva non viola il principio di par conditio e non altera il libero confronto concorrenziale”*.

Pubblicato il 21/11/2016

N. 04878/2016REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2709 del 2016, proposto da:
Iteco-Impianti Tecnologici e Costruzioni Edili s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Gagliardi La Gala, Massimo Del Prete, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Comune di L'Aquila, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico De Nardis, con domicilio eletto presso la Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Rialto Costruzioni s.p.a. non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA, SEZIONE I, n. 41/2016, resa tra le parti, concernente affidamento progettazione esecutiva ed esecuzione lavori per realizzazione parco urbano in piazza d'armi in L'Aquila.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di L'Aquila;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Gagliardi La Gala e Del Prete;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo per l'Aquila l'odierna appellante invocava l'annullamento della determinazione di cui alla nota del 16 settembre 2015 con cui la commissione aggiudicatrice aveva escluso l'originaria ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione del parco urbano in piazza d'armi in L'Aquila.

2. Il primo giudice respingeva il ricorso, rilevando che il possesso del requisito tecnico del numero medio dei dipendenti dell'ultimo triennio da parte del progettista incaricato anche in sede di verifica ex art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, era stato comprovato esclusivamente e nuovamente con una autocertificazione, invece che con documenti idonei come richiesto dalla norma di legge e dalla stessa Stazione appaltante. Secondo il Tribunale amministrativo si doveva, quindi, ritenere che non fosse stata fornita la prova atta a confermare la sussistenza dei suddetti requisiti, in quanto il RTI concorrente aveva riprodotto le medesime autocertificazioni già rese in sede di presentazione dell'offerta, invece che idonea documentazione volta a comprovarne la veridicità. Né varrebbe sostenere che l'autocertificazione conteneva anche l'indicazione dei nominativi del personale impiegato e del relativo tipo di rapporto a fronte della prova piena che era in capo all'originaria ricorrente. Infine non potrebbe invocarsi utilmente il principio del soccorso istruttorio a fronte della chiara disciplina dettata dall'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente lamentando che: a) non vi sarebbe incompatibilità tra il soccorso istruttorio di cui agli art. 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006 ed il subprocedimento di comprova dei requisiti ex art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006; b) nella fattispecie l'appellante avrebbe avuto diritto a fruire del c.d. soccorso non a pagamento specie a fronte degli elementi offerti dall'appellante, quali l'elencazione dei nominativi del personale utilizzato ed i certificati di regolare esecuzione delle opere realizzate, l'autodichiarazione di iscrizione presso la camera di commercio. Infine, la stazione appaltante avrebbe potuto acquisire d'ufficio ex art. 18, comma 2, l. n. 241 del 1990, gli ulteriori dati, comunque in possesso di soggetti pubblici.

4. Costituitasi in giudizio l'amministrazione comunale invoca il rigetto dell'odierno gravame, evidenziando la correttezza dell'impugnata sentenza.

5. L'appello è in parte inammissibile ed in parte infondato e non può essere accolto.

5.1. Deve, infatti, rilevarsi che la doglianza con la quale si contesta che l'amministrazione avrebbe potuto acquisire d'ufficio i dati utili per giungere alla piena prova del possesso del

requisito tecnico dei professionisti incaricati della progettazione non è stata avanzata che in seconde cure, in violazione, pertanto, del divieto di *nova* in appello. Sicché il presente gravame risulta *in parte quainammissibile*.

5.2. Quanto alle residue censure le stesse sono infondate. Infatti, l'art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, disciplina il subprocedimento del controllo dei requisiti secondo una struttura che salvaguarda la celerità dell'intera procedura di evidenza pubblica. Infatti, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito che nelle gare d'appalto il termine per comprovare il possesso dei requisiti di cui all'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006 (*Codice dei contratti pubblici*) ha carattere ordinatorio-sollecitatorio con riferimento alle posizioni dell'aggiudicatario e del secondo graduato, mentre è dichiaratamente perentorio il termine stabilito dal comma 1, concernente la diversa ipotesi della verifica a campione delle imprese offerenti sorteggiate (Cons. Stato, V, 7 luglio 2014, n. 3431).

Sulla detta interpretazione non ha inciso l'introduzione dello strumento del soccorso istruttorio di cui agli art. 38 e 46 d.lgs. n. 163 del 2006. Al riguardo, deve notarsi che si tratta di istituti del tutto distinti. Il primo consente che siano integrate o regolarizzate le dichiarazioni del concorrente, ivi incluse le dichiarazioni sostitutive. Il secondo, invece, impone all'amministrazione di richiedere ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

La differenza tra i due istituti è radicale. Il primo infatti consente di integrare e regolarizzare quei documenti ivi incluse le dichiarazioni che devono essere allegate all'offerta. Il secondo, invece, entro un termine perentorio impone ai concorrenti sorteggiati di dimostrare quanto affermato in sede di dichiarazione. Pertanto, il soccorso istruttorio che dilaterrebbe, ulteriormente, la procedura di evidenza pubblica non può essere utilizzato anche all'interno di questo subprocedimento.

Né è sufficiente che il concorrente estratto fornisca un indizio di prova circa il possesso dei requisiti, come nella fattispecie, quello del requisito tecnico dei professionisti incaricati della progettazione, dal momento che la norma è chiara nel senso che deve essere offerta la prova della titolarità del requisito in questione, né si possono riversare sull'amministrazione oneri istruttori al fine di accertare un requisito, che non può che essere nella titolarità del concorrente. Sicché, l'onere dimostrativo in questione si accompagna al principio di autoresponsabilità di chi rende dichiarazioni sostitutive.

6. L'appello in definitiva deve essere respinto. Nella particolare complessità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere