

Soccorso istruttorio a pagamento e sua compatibilità con il diritto dell'Unione Europea.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 20-9-2018

1. Il soccorso istruttorio “a pagamento” – previsto dagli artt. 38, comma 2-*bis*, e 46, comma 1-*ter*, del D.Lgs. 163/2006, nel testo novellato con D.L. n. 90 del 2014– trova applicazione a fronte di carenze di dichiarazioni od elementi essenziali (e dunque a pena di esclusione) ed in particolare nel caso di mancata produzione dell'impegno del fideiussore.

Conf. Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 591; Cons. Stato, Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528; Cons. Stato, Sez.V, 21 aprile 2016, n. 1597.

Diff. Determinazione ANAC 8 gennaio 2015, n. 1, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 10 luglio 2015, n. 142.

Guida alla lettura

La sentenza in rassegna si sofferma sull'applicabilità o meno del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1-*ter*, del D.lgs. n. 163 del 2006 nell'ipotesi di omessa presentazione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 75, comma 8, del riferito Decreto.

Com'è noto, il soccorso istruttorio è un istituto, disciplinato dal codice dei contratti pubblici che permette al partecipante alla gara che abbia commesso delle irregolarità nella presentazione di dati o documenti di poter regolarizzare la propria posizione, previo il pagamento di una multa.

Nel tempo si sono consolidati due distinti ed opposti orientamenti giurisprudenziali - l'uno formalista e l'altro sostanzialista – sull'interpretazione del combinato disposto degli artt. 38, comma 2-*bis*, e 46, comma 1-*ter*, del vecchio Codice dei contratti pubblici – l'abrogato D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – introdotto dal D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con sentenza resa in data 28 Febbraio 2018, ha stabilito importanti limiti all'applicabilità del soccorso istruttorio nell'ambito delle procedure di gara d'appalto. I giudici europei hanno ribadito che nulla vieta, in ossequio ai dettami delle direttive europee, che singoli punti di un'offerta possano essere corretti o completati, specie se necessitano di un semplice chiarimento, e ciò anche se (come nella precedente normativa) tale “*soccorso istruttorio*” richieda un pagamento da parte del partecipante.

La Corte, tuttavia, ha ravvisato due limitazioni fondamentali. Se è anche possibile che un legislatore nazionale preveda un soccorso istruttorio che sia “oneroso”, l’ammontare della sanzione pecuniaria deve essere proporzionata, e il rispetto del principio di proporzionalità deve essere verificato dal giudice nazionale.

Il soccorso istruttorio, poi, può valere sempre a supplire a carenze documentali o di informazioni, specie se tali documenti debbano obbligatoriamente costituire un elemento essenziale dell’offerta stessa, implicando inevitabilmente come unica conseguenza l’esclusione della concorrente dalla gara stessa.

Gli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nel testo novellato con D.L. n. 90 del 2014, consentono, quindi, la **regolarizzazione/integrazione**, prescindendo dagli stati soggettivi del concorrente relativi all’imputabilità o meno dell’omissione o dell’irregolarità, in ogni ipotesi di “*mancaza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara*”, con la conseguenza che è autorizzata la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, dell’obbligo di integrazione documentale.

La “**irregolarità essenziale**” si distingue dalla carenza di un “**elemento essenziale dell’offerta**”, che preclude (invece) il soccorso istruttorio.

Non è, quindi, ammessa la tardiva presentazione di un documento o di una dichiarazione, laddove essi siano rappresentativi di un requisito di partecipazione *ab origine* non posseduto.

Si precisa, poi, che ai sensi del combinato disposto degli artt. 38 e 46 del codice degli appalti, il **soccorso istruttorio** anche nell’ampliato ambito di applicazione introdotto dal D.L. n. 90 del 24 giugno 2014, può operare solo nella **fase procedimentale** dell’ammissione dei concorrenti e della verifica dei relativi requisiti di partecipazione, non anche nella successiva **fase di esame delle relative offerte economiche**, nella quale, al limite, possono essere ammissibili solo la constatazione e correzione di errori materiali attraverso una mera interpretazione di dati già forniti e non reperibili *aliunde*.

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 633 del 2017, proposto da:

Sky-Skan Inc, in proprio e quale capogruppo costituenda ATI con Ip motive s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giampaolo Cortese, con domicilio eletto presso lo studio Emiddio Perreca in Roma, via Adolfo Gandiglio, 27;

contro

Skypoint s.r.l., non costituita in giudizio;

Fondazione Idis Città della Scienza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Maffettone, con domicilio eletto presso lo studio Marco Trevisan in Roma, via Ludovisi 35;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI: SEZIONE V n. 04988/2016, resa tra le parti, concernente l'impugnativa :

a) del provvedimento prot. 539 del 05/05/2016, a firma del Presidente del CdA della Fondazione IDIS Città della Scienza di Napoli, recante l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore dell'ATI Sky Skan Inc./ Ip motive s.r.l. (per mancata produzione in seno all'offerta

dell'impegno alla costituzione della cauzione definitiva) e l'aggiudicazione in

favore della seconda graduata, Skypoint s.r.l.;

b) della nota n. 540 del 05/05/2016, di trasmissione del provvedimento sub a);

c) della nota o verbale del CdA della Fondazione IDIS Città della Scienza del 04/05/2016, di approvazione delle risultanze istruttorie della Commissione di gara del 18/04/2016 e della relativa proposta di esclusione dell'ATI ricorrente, richiamato nel provvedimento sub a);

d) del verbale della Commissione di gara del 18/04/2016 recante la proposta di esclusione dell'ATI ricorrente;

e) della nota prot. n. 371 del 04/04/2016, a firma del Presidente del CdA della Fondazione IDIS Città della Scienza di Napoli, che ha sospeso il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'ATI ricorrente per consentire un supplemento istruttorio e della relativa nota di trasmissione;

f) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale, comunque lesivo del diritto dell'ATI ricorrente a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa.

nonché

per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, nelle more eventualmente stipulato tra la soc. controinteressata e la Fondazione resistente, con richiesta espressa di subentro anche in corso di esecuzione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione Idis Città della Scienza;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati De Pauli su delega di Cortese, Profili su delega di Maffettone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- L'A.T.I. con mandataria la Sky-Skan Inc. ha interposto appello nei confronti della sentenza 27 ottobre 2016, n. 4988 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. V, con la quale è stato respinto il ricorso avverso il provvedimento recante la sua esclusione dalla gara e l'aggiudicazione definitiva in favore di Skypoint s.r.l., della gara relativa alla "progettazione, fornitura, posa in opera e messa in esercizio del dome/planetario digitale di corporea", disposto dalla Fondazione IDIS Città della Scienza.

L'appalto è stato aggiudicato provvisoriamente il 25 marzo 2016 al raggruppamento appellante, ma successivamente detta aggiudicazione è stata annullata per la mancanza, nell'offerta, dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, senza previamente attivare il soccorso istruttorio.

Con il ricorso in primo grado l'A.T.I. Sky-Skan Inc. ha impugnato la propria esclusione deducendo che la mancanza dell'impegno da parte di un fideiussore al rilascio della cauzione definitiva è suscettibile di soccorso istruttorio (a pagamento), il quale, a mente dell'art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, risulta applicabile ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza od irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni che devono essere prodotte dai concorrenti, e lamentando altresì che l'offerta tecnica della controinteressata non rispettava i requisiti minimi prescritti dal capitolato speciale d'appalto.

2.- La sentenza appellata ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale della società Skypoint, ritenendo che l'assenza dell'impegno del fideiussore a garantire l'esecuzione del contratto «non risulta suscettibile di successivo recupero attraverso l'invocato meccanismo del soccorso istruttorio in ragione della sua intima connessione con la formulazione dell'offerta e (proprio per questa ragione) della sua espressa imposizione

normativa a pena di esclusione (art. 75, comma 8, del d.l.vo 2006, n. 163)». In particolare, la sentenza ha sottolineato la diversa formulazione delle disposizioni di cui al comma 6 e 8 dell'art. 75, rispettivamente con riguardo alla mancata presentazione della cauzione provvisoria, sanabile o regolarizzabile, a fronte della previsione "a pena di esclusione" della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica, in caso di omissione, l'esclusione dalla gara.

3. – L'appello dell'A.T.I. Sky-Skan Inc. è incentrato sull'allegazione per cui deve ritenersi applicabile l'art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 all'ipotesi di mancata produzione dell'impegno del fideiussore alla costituzione della cauzione definitiva; tale norma opera infatti a fronte di carenze di documenti o elementi essenziali, come si desume dalla sua ermeneusi letterale, e, d'altro canto, la mancata produzione dell'impegno del fideiussore alla costituzione della cauzione definitiva non incide sulla corretta e seria formulazione dell'offerta.

4. – Si è costituita in resistenza la Fondazione IDIS Città della Scienza puntualmente controdeducendo e chiedendo la reiezione dell'appello.

5.- All'udienza pubblica del 14 dicembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- La materia del contendere è dunque incentrata sulla suscettibilità o meno del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006 nell'ipotesi di omessa presentazione dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 75, comma 8, dello stesso corpus legislativo.

A fronte della soluzione negativa seguita dalla sentenza, basata essenzialmente sulla connessione di tale impegno con l'offerta e con la sua imposizione a pena di esclusione, l'appellante allega che il soccorso istruttorio "a pagamento" trova applicazione proprio a fronte di carenze di dichiarazioni od elementi essenziali (e dunque a pena di esclusione). A conferma della regolarizzabilità, allega l'appellante che la mancata produzione dell'impegno del fideiussore non incide sulla corretta e seria formulazione dell'offerta.

L'appellata Fondazione IDIS deduce al contrario, tra l'altro, che se l'impegno di cui all'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 dovesse intervenire successivamente alla data di presentazione dell'offerta, ed addirittura dopo l'aggiudicazione, l'aggiudicatario verrebbe a trovarsi in condizione privilegiata rispetto agli altri concorrenti che se ne sono dovuti munire prima.

Ritiene il Collegio di poter condividere, nonostante l'indubbia opinabilità della questione, l'assunto di parte appellante.

Gli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del d.lgs. n. 163 del 2006, nel testo novellato con d.l. n. 90 del 2014, consentono la regolarizzazione/integrazione, prescindendo dagli stati soggettivi del concorrente relativi all'imputabilità o meno dell'omissione o dell'irregolarità, in ogni ipotesi di "mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni,

anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”, con la conseguenza che è autorizzata la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell’impresa concorrente, dell’obbligo di integrazione documentale.

Come già affermato da questo Consiglio, la latitudine applicativa della disposizione, quale emerge dall’emeneusi letterale, consente di comprendere nell’ambito del soccorso istruttorio la mancanza od irregolarità della dichiarazione di impegno alla costituzione della cauzione definitiva per l’esecuzione del contratto (Cons. Stato, III, 27 ottobre 2016, n. 4528).

L’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto, pur corredando l’offerta a pena di esclusione, non assume la connotazione di elemento essenziale dell’offerta, e dunque la sua omissione non costituisce circostanza preclusiva del soccorso istruttorio, come bene si desume dall’art. 38, comma 2-bis, del dl.lgs. n. 163 del 2006, il quale ammette al soccorso anche le “irregolarità essenziali”.

La “irregolarità essenziale” si distingue dalla carenza di un “elemento essenziale dell’offerta”, che preclude (invece) il soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 21 aprile 2016, n. 1597), in quanto costituisce un minus rispetto alla seconda, il cui contenuto è tendenzialmente inferibile proprio dall’art. 46, comma 1-bis, a mente del quale la stazione appaltante esclude il concorrente «nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte».

Si tratta di situazioni, riferibili essenzialmente all’individuazione del contenuto dell’offerta ovvero del soggetto al quale la medesima è imputabile, cui non è riconducibile l’omissione dell’impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l’esecuzione del contratto.

2. – Ad analoga soluzione induce anche il disciplinare di gara; in particolare, a pagina 11, in tema di impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l’esecuzione del contratto, precisa che «eventuali difformità rispetto a quanto richiesto ai fini della presentazione del deposito cauzionale saranno regolarizzabili entro il termine perentorio fissato dalla Stazione Appaltante, a pena di esclusione dalla gara».

3. – Alla stregua di quanto esposto, appaiono illegittime l’esclusione dalla gara dell’appellante, in quanto non preceduta dall’esperimento del soccorso istruttorio volto all’integrazione dell’offerta, e la successiva revoca dell’aggiudicazione in suo favore.

Occorre solamente aggiungere come dalla documentazione in atti, ed in particolare dalla “attestazione di regolare esecuzione della fornitura e relativa messa in esercizio” della Fondazione IDIS in data 21 marzo 2017, si evince che il contratto risulta integralmente eseguito dalla società Skypoint.

4. – In conclusione, l'appello va accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso (principale) di primo grado.

La opinabilità della questione trattata integra le giuste ed eccezionali ragioni che giustificano la compensazione tra le parti delle spese 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 impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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