

La portata applicativa del soccorso istruttorio.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 22-12-2018

1. Nell'ambito operativo dell relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata.

Guida alla lettura

L'istituto del **soccorso istruttorio possiede un ambito applicativo esteso alle carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, ossia involgente la mancanza, l'incompletezza, ovvero la mera irregolarità (anche di natura essenziale), con la sola esclusione dei profili inerenti all'offerta economica o tecnica.**

Nella pronuncia oggetto di nota il Supremo Consesso amministrativo torna ad analizzare il delicato istituto del soccorso istruttorio ribadendone l'approdo interpretativo a seguito delle evoluzioni legislative (prima) e giurisprudenziali (poi) registratesi in proposito.

L'espressione soccorso istruttorio richiama agevolmente uno strumento in grado di colmare le lacune documentali verificatesi in una fase istruttoria.

Conosciuto più genericamente all'interno del settore del procedimento amministrativo (art. 6 Legge 241/90), detta figura è da sempre stata caratterizzata da una più analitica disciplina nella materia dei contratti pubblici.

Recependo l'art. 27 della Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee 71/305/CEE del 26 luglio 1971 (che consentiva alla Pubblica Amministrazione aggiudicatrice di invitare l'imprenditore a completare i certificati e i documenti presentati o a chiarirli), **il primo aggancio normativo del soccorso istruttorio è stato fornito dall'art. 46 comma 1 D.lgs. 163/2006**, il quale ha sancito che *"nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45 le stazioni appaltanti invitano, se necessario i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"*.

Nella sua versione originaria, dunque, **il soccorso istruttorio, ammesso solo per regolarizzare i requisiti soggettivi di partecipazione, non anche per integrare l'offerta economica** (elemento, questo, invero ancora sussistente), poneva una netta divisione tra la "regolarizzazione della documentazione" (ammessa) e la "integrazione della

documentazione” (non ammessa).

Come ribadito anche dalla **Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014 n. 9** *“il potere del soccorso istruttorio...sostanzandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione ... non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”*.

Così presentato, il soccorso istruttorio risulta(va) strettamente imparentato con le cause di esclusione dalla gara, la cui successiva limitazione ad opera del principio di tassatività ha comportato l'inevitabile **estensione applicativa dello strumento del “soccorso difensivo”**: la limitazione delle ipotesi in cui le imprese partecipanti debbano essere automaticamente escluse dalla gara, infatti, estende le fattispecie in cui le stesse possono sanare le loro irregolarità attraverso un'integrazione documentale.

Con l'art. 39 del D.l. 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla Legge 11 agosto 2014 n. 114, il legislatore ha introdotto il **comma 2 bis nell'art. 38** e il **comma 1 ter nell'art. 46** Codice dei contratti pubblici.

Nel dettaglio le nuove disposizioni prevedono che *“la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara...In tal caso la stazione appaltante assegna al concorrente un termine non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara”* (art. 38 comma 2 bis) e che *“le disposizioni di cui all'art. 38 comma 2 bis si applicano ad 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”*.

Così ricostruito il nuovo reticolato normativo appare evidente il netto cambio di rotta effettuato dal legislatore: **si superata la distinzione tra regolarizzazione (ammessa) e integrazione (non ammessa), dando rilievo alla mera indispensabilità del requisito richiesto, restando esclusa la sanatoria degli elementi dell'offerta** (questi ultimi inconciliabili con il principio di concorrenza delle gare pubbliche).

Evidente allora appare la **differenza sostanziale esistente tra il soccorso istruttorio tradizionale a natura conservativa e il nuovo soccorso istruttorio a carattere integrativo o a pagamento**.

Utilizzando le parole dell'**Adunanza Plenaria 30 luglio 2014 n. 16** *“si tratta di un'innovazione*

legislativa che indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie”.

Con il nuovo Codice appalti **la disciplina del soccorso istruttorio è contenuta nell’art. 83 comma 9** ai sensi del quale *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l’avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”.*

Alla luce dell’attuale disposizione normativa lo scenario configurabile risulta essere il seguente.

A differenza del vecchio istituto **il soccorso istruttorio può avere ad oggetto sia un elemento formale essenziale che un elemento formale non essenziale.**

Resta fermo invece l’assunto per cui **il soccorso istruttorio non può avere ad oggetto elementi riguardanti l’offerta tecnica.**

L’esclusione prevista nel caso di mancanza di un elemento dell’offerta è supportata dalla volontà di garantire il generale principio della parità di trattamento, cuore pulsante della procedura selettiva, in virtù del quale le offerte poste a base della gara vanno considerate imm modificabili una volta presentate nei termini previsti dalla *lex specialis* di gara.

A seguito del **D.lgs. 19 aprile 2017 n. 56** (Decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici) **l’art. 83 comma 9 ha subito un intervento di chirurgia ortopedica volto a stralciare dal dato normativo l’onerosità del soccorso istruttorio.**

In tal modo il tema della compatibilità con l’ordinamento dell’Unione Europea di un meccanismo che subordini la possibilità di regolarizzare la documentazione presentata in sede di gara al pagamento di una sanzione pecuniaria (oggetto di decisione da parte della Corte di Giustizia sez. VIII 28 febbraio 2018, in causa riunite C-523/16 e 536/16) risulta superato

dall'evoluzione normativa.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 222 del 2018, proposto dalla ditta Mondello Letterio, in proprio e quale capogruppo dell'A.T.I. composta con la ditta Laneri Costruzioni, la s.r.l. F.lli Anastasi e la ditta Onoranze Funebri L'Aurora della Caritas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvano Martella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Messina, via San Giovanni Bosco 30;

contro

Comune di Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Giambò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Santi Galletta, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Cami, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione di Catania n. 384/2018, resa tra le parti, concernente l'impugnativa della determina n. 219 del 2.10.2017 con la quale il Comune di Messina ha aggiudicato alla ditta controinteressata l'appalto misto di lavori e servizi inerenti ai compiti istituzionali relativi alla gestione dei cimiteri comunali.

FATTO e DIRITTO

1 Il Comune di Messina indiceva una gara mediante procedura ristretta per l'appalto di lavori e

servizi inerenti ai propri compiti istituzionali relativi alla gestione dei cimiteri comunali.

L'A.T.I. costituita dalle ditte Mondello Letterio, Laneri Costruzioni, F.lli Nastasi s.r.l. e Onoranze Funebri L'Aurora della Caritas, in sede di selezione preliminare delle imprese, con verbale del 15 settembre 2017 veniva considerata carente dei requisiti prescritti dal bando di gara, in quanto:

“a) non ha prodotto la dichiarazione di cui al punto q) della manifestazione di interesse relativa al numero di estumulazioni effettuate nell’arco dei tre anni precedenti;

b) non ha prodotto la documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti dichiarati rilasciata dalle amministrazioni per le quali sono stati eseguiti i servizi;

c) risulta, altresì, carente la dichiarazione resa dall’impresa ausiliaria Explorer informatica relativamente ai principali servizi afferenti alla categoria AP03, in quanto non sono stati indicati gli importi ed il periodo delle attività svolte di consulenza nel settore delle tecnologie informatiche ed altresì non è stata prodotta la documentazione rilasciata dalle amministrazioni per le quali sono stati eseguiti i servizi”.

Alla successiva fase veniva pertanto invitata a partecipare alla gara in senso stretto la sola ditta Galletta Santi, ossia l’unica altra autrice di una manifestazione d’interesse (che già in atto stava svolgendo un appalto simile in favore del Comune), la quale risultava infine aggiudicataria.

2 Da qui il ricorso al T.A.R. per la Sicilia – Sezione di Catania avviato a notifica il 2 novembre 2017 dalla ditta Mondello Letterio, agente in proprio oltre che quale capogruppo dell’anzidetta A.T.I., avverso la determina n. 219 del 2 ottobre 2017 di aggiudicazione dell’appalto.

La ricorrente richiedeva, altresì, l’annullamento del contratto d’appalto con l’aggiudicataria, ove già nelle more concluso.

In resistenza al gravame si costituivano in giudizio il Comune e la ditta controinteressata.

3 All’esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito con la sentenza n. 384/2018 in epigrafe respingeva il gravame, reputato infondato.

4 Seguiva avverso tale sentenza la proposizione del presente appello da parte della soccombente, che riproponeva le proprie doglianze e sottoponeva a critica gli argomenti con cui il Tribunale le aveva disattese.

L’Amministrazione e la controinteressata resistevano all’impugnativa anche nel nuovo grado di giudizio, deducendone l’infondatezza e concludendo per la conferma della sentenza di prime cure.

L’appellante con successiva nota riprendeva, per converso, i propri argomenti e controdeduceva alle obiezioni avversarie, insistendo per l’accoglimento dell’appello.

La stessa ricorrente depositava, infine, uno scritto di replica.

Alla pubblica udienza del 18 ottobre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

5 Osserva preliminarmente il Collegio che la circostanza, emersa all'udienza, che i lavori attinenti all'appalto sarebbero nelle more stati già conclusi non fa venir meno l'interesse della parte ricorrente a vedere scrutinate le proprie contestazioni di legittimità, non fosse altro che in funzione di una sua successiva ed eventuale domanda risarcitoria.

L'appello è pertanto procedibile. E, nei limiti che verranno nel prosieguo indicati, è anche meritevole di accoglimento.

6a Sempre in via preliminare, si rileva che con la sentenza oggetto di appello la prima delle causali di esclusione opposte alla ricorrente (quella concernente la prescritta dichiarazione del numero di estumulazioni effettuate nell'ultimo triennio) è stata giudicata inconsistente, avendo il T.A.R. ritenuto "*integrato (n.d.r.: da parte dell'A.T.I.) il possesso del requisito di cui alla lettera q) dell'avviso pubblico*".

E il relativo capo di decisione, non avendo formato oggetto d'impugnativa, è già divenuto definitivo.

6b Il primo Giudice è pervenuto, però, a una conclusione opposta rispetto alla diversa ragione di esclusione concernente la lacunosità della dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria Explorer informatica relativamente ai propri pregressi principali servizi afferenti la categoria AP03 (causale *sub c*) del precedente paragr. 1).

Naturalmente il presente appello avversa tale capo di decisione, cui muove le critiche che verranno esposte nei prossimi paragrafi.

Si deve però subito evidenziare come il T.A.R. nel contesto di questa sua seconda disamina si sia spinto ad ascrivere alla ricorrente anche un'ulteriore carenza, in realtà estranea alla motivazione dell'esclusione nonché, di riflesso, al *thema decidendum* di causa: ossia quella di una presunta mancanza di qualificazione da parte della stessa ausiliaria.

A questo riguardo, con l'appello fondatamente è stato perciò obiettato (cfr. la sua pag. 16) che il motivo di esclusione in rilievo non era inteso a riscontrare "*una carenza sostanziale del requisito (tanto meno la carenza dell'iscrizione al Codice 62.02) ma è stato esclusivamente limitato al rilievo della sola carenza formale della dichiarazione in quanto questa non avrebbe specificato gli importi e il periodo delle attività svolte di consulenza nel settore ...*".

Ne consegue che l'indebito passaggio addizionale della motivazione del T.A.R. testé menzionato dev'essere senz'altro riformato.

7 La causale di esclusione riportata in narrativa al punto c) verte, come è già emerso, sulle carenze della dichiarazione resa dall'ausiliaria dell'A.T.I. ricorrente (la s.r.l. Explorer informatica) in ordine ai principali servizi espletati afferenti alla categoria AP03.

Segnatamente, nella sua dichiarazione sarebbe stata omessa l'indicazione de *“gli importi ed il periodo delle attività svolte di consulenza nel settore delle tecnologie informatiche”*.

Inoltre, non sarebbe stata nemmeno *“prodotta la documentazione rilasciata dalle amministrazioni per le quali sono stati eseguiti i servizi”*.

7a Ora, non v'è possibilità di dubbio sul fatto che la *lex specialis* per la partecipazione alla procedura esigesse, tra l'altro, la produzione di un *“elenco dei principali servizi nel settore oggetto della gara di cui alla categoria AP.03 prestati negli ultimi tre anni (2016-2015-2014) di importo non inferiore ad euro 250.000,00”* (avviso pubblico, pag. 4, lett. s)).

La stessa disciplina chiaramente avvertiva, inoltre, che il Comune non avrebbe tenuto alcun conto delle manifestazioni d'interesse *“provenienti da soggetti che non forniscano le informazioni richieste e la documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti richiesti e dichiarati che dovrà pervenire in originale rilasciata dall'Amministrazione appaltante dei servizi che l'impresa ha dichiarato di avere eseguito”* (ivi, pag. 6, lett. b)); così come, in altre parole, *“dei soggetti che non dimostrino di possedere tutti i requisiti di partecipazione alla selezione fissati nelle lettere da a) a w) dell'apposito paragrafo denominato “Soggetti ammessi a presentare candidatura e requisiti di partecipazione”* (ivi, lett. f)).

Di conseguenza, gli apodittici rilievi della ricorrente facenti capolino qua e là nell'atto di appello (in particolare, nelle sue pagg. 7, 13 e 16) e tesi a contestare la formale necessità delle indicazioni e documentazioni risultate omesse devono essere pianamente disattesi, dal momento che travisano i contenuti testuali della disciplina di gara

7b Ciò premesso, se ci si sofferma sull'elenco clienti prodotto dall'ausiliaria s.r.l. Explorer informatica per far constare i propri progressi principali servizi di assistenza informatica e consulenza tecnica, ci si avvede con immediatezza che l'elenco risultava effettivamente manchevole sotto l'aspetto dell'omessa indicazione -pur prescritta- de *“gli importi ed il periodo delle attività svolte di consulenza nel settore delle tecnologie informatiche”*.

Anche da questo punto di vista l'azione comunale risulta quindi corretta.

7c Dove le doglianze di parte ricorrente meritano, invece, scrutinio favorevole è sotto il profilo della mancata applicazione all'A.T.I. dell'istituto del soccorso istruttorio. E questo non solo rispetto alle lacune testuali dell'appena menzionata dichiarazione dell'ausiliaria, ma, più ampiamente, anche per le omissioni documentali a base di entrambe le causali di esclusione che rimangono oggetto di controversia (punti b) e c) del superiore paragr. 1).

La ricorrente, invero, dopo aver sottolineato la gravosità dell'onere documentale impostole dalla legge di gara, che esigeva la dimostrazione del possesso dei requisiti mediante produzione della relativa e copiosa documentazione amministrativa in originale, ha ragionevolmente dedotto, in sintesi:

- che l'avviso pubblico in discorso era stato pubblicato unicamente nell'albo pretorio comunale e soltanto in data 3 agosto 2017, ossia all'inizio delle ferie estive, e aveva imposto

per la presentazione delle domande, e documentazione di corredo, il termine del successivo 4 settembre;

- che alla detta scadenza erano pervenute all'Amministrazione solo due domande, ossia quella di essa ricorrente e quella della futura aggiudicataria, che però stava già eseguendo una commessa analoga proprio per lo stesso Comune;

- che la controinteressata, avendo eseguito i richiesti servizi pregressi presso la stessa Stazione appaltante, non aveva concretamente risentito dell'onere di acquisire nel solo mese di agosto tutti i singoli certificati originali occorrenti a supporto della dichiarazione di partecipazione;

- che, per contro, l'A.T.I. ricorrente non era stata materialmente in grado, data la tempistica all'uopo assegnata, di reperire tutta la documentazione necessaria a dimostrare il proprio possesso dei requisiti;

- che la complessiva azione della Stazione appaltante era, pertanto, in proposito censurabile per violazione dei principi di non discriminazione e parità di trattamento, in quanto le condizioni di partecipazione esposte avevano oggettivamente quanto distorsivamente favorito la ditta uscente.

7d Dinanzi al singolare contesto illustrato, il Collegio ritiene quindi di dover convenire con la ricorrente che nella fattispecie s'imponeva l'esigenza di applicare in suo favore il soccorso istruttorio previsto dalla legge.

L'art. 83 (*"Criteri di selezione e soccorso istruttorio"*), comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce, difatti, quanto segue: *"Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa."*

E queste disposizioni legislative sono di latitudine tale da far rientrare nell'ambito operativo del relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di *"qualsiasi elemento formale della domanda"*, ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo *"essenziale"*, purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata.

Dove nella peculiare vicenda in esame, occorre debitamente rimarcarlo, l'applicazione del soccorso istruttorio a favore della ricorrente, lungi dal poter risultare lesiva della *par condicio* tra i due concorrenti indicati, vale semmai proprio a consentire il sostanziale rispetto di tale

valore, rimediando alla distorsione fondatamente denunciata dalla ricorrente stessa.

7e Va da sé, infine, che solo una più precisa cognizione di fonte documentale delle caratteristiche dei pregressi servizi imputabili all'A.T.I. potrebbe permettere di valutare – *in primis*, da parte dell'Amministrazione- la loro spendibilità o meno, anche *sub specie* di servizi equivalenti a quelli prescritti, ai fini della procedura in esame: onde su tale terreno non potrebbe certo avventurarsi già in questa sede il Consiglio, ancor prima della stessa Stazione appaltante.

8a L'accoglimento, nei limiti esposti, del primo motivo di gravame esime il Collegio dal vaglio del secondo mezzo, di valenza espressamente subordinata, teso a far valere una presunta illegittimità integrale della complessiva procedura contrattuale seguita dal Comune di Messina (la sentenza in epigrafe va pertanto riformata anche nella parte in cui reietta dello stesso mezzo).

8b L'esito favorevole dell'impugnativa sotto il profilo da ultimo scrutinato impone, dunque, l'annullamento dell'esclusione dalla gara della ricorrente e della susseguente aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata.

8c La Stazione appaltante, per le ragioni esposte, dovrà applicare in favore della ricorrente l'istituto del soccorso istruttorio, rimettendola in termini a norma di legge ai fini delle dichiarazioni integrative e produzioni documentali che la medesima ha a suo tempo omesso.

Lo stato quantomeno avanzato di esecuzione dell'appalto nel frattempo affidato impone, tuttavia, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., il rigetto della domanda di parte tesa a veder dichiarata l'inefficacia di tale affidamento.

8d Le spese del doppio grado possono essere equitativamente compensate tra le parti in causa, stante l'esito sostanzialmente interlocutorio registrato dal giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto, in riforma per quanto di ragione della sentenza impugnata, accogliendo il ricorso di primo grado annulla l'esclusione dalla gara della ricorrente e la successiva sua aggiudicazione alla controinteressata.

Compensa tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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