

## La mancata regolarizzazione delle dichiarazioni nel termine concesso dalla stazione appaltante

di Benedetta Scaglia

Data di pubblicazione: 10-10-2019

**Contratti pubblici – soccorso istruttorio – incompleta regolarizzazione entro il termine concesso – esclusione – legittimità – esigenze di *par condicio* dei concorrenti**

La mancata, corretta regolarizzazione delle dichiarazioni presentate in sede di gara nel termine concesso dalla stazione appaltante a seguito dell'attivazione del cd. soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, d. lgs. N. 50/2016), comporta l'esclusione del concorrente inadempiente, in forza dei principi di imparzialità e *par condicio* tra i concorrenti.

È questa la conclusione a cui è giunto il TAR Venezia nella pronuncia in commento, confermando un indirizzo invero oramai costante della giurisprudenza amministrativa.

La fattispecie riguardava un concorrente che, dopo aver prodotto in sede di gara un DGUE incompleto nella parte relativa al fatturato analogo, in seguito alla richiesta di integrazione da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 83, comma 9 del Codice, commetteva nuovamente un errore indicando in sede di soccorso istruttorio un requisito inferiore a quello richiesto dalla *lex specialis*.

La stazione appaltante, non ritenendo il requisito soddisfatto, disponeva quindi l'esclusione del concorrente, da questi contestata in giudizio sul presupposto di aver commesso un mero errore materiale in sede di integrazione documentale e di aver comunque trasmesso alla s.a., successivamente all'esclusione, documentazione attestante il possesso del requisito al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Il TAR ha rigettato il ricorso, chiarendo che il ricorrente era stato escluso in ragione della propria condotta negligente, non essendo stato in grado di regolarizzare le proprie dichiarazioni nell'ambito del cd. soccorso istruttorio, ritualmente e correttamente attivato dalla stazione appaltante. Deve pertanto ritenersi legittima la decisione di non concedere al concorrente una seconda possibilità di regolarizzazione in virtù dei principi di imparzialità e *par condicio* dei concorrenti.

Il TAR ha inoltre chiarito che nel caso di specie non poteva trovare applicazione neppure l'istituto del cd. "soccorso istruttorio processuale", che opera eccezionalmente e solo qualora la s.a., pur sussistendone i presupposti *ex lege*, non abbia attivato il soccorso istruttorio nell'ambito della procedura di gara (ciò che invece era accaduto nella fattispecie esaminata).

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 04/09/2019

**N. 00954/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 00180/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso con motivi aggiunti numero di registro generale 180 del 2019, proposto dalla Venturini Store S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sig. Gustavo Venturini, rappresentata e difesa dagli avv.ti Emiliano Bandarin Troi e Flavia Degli Agostini e con domicilio stabilito presso l'indirizzo di "P.E.C." indicato nell'atto di motivi aggiunti

***contro***

Energia Territorio Risorse Ambientali – ETRA S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, avv. Andrea Levorato, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Pettinelli e Francesco Rodelli e con domicilio eletto presso lo studio degli stessi, in Venezia-Mestre, p.zzale L. da Vinci, n. 8

***nei confronti***

F.R.A.U. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, sig. Giuliano Fanton, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alice Sabbion e Rocco Giacobbe Vaccari e con domicilio stabilito presso l'indirizzo di "P.E.C." indicato nell'atto di costituzione in giudizio

***a) con il ricorso originario:***

per l'annullamento

- della nota di ETRA S.p.A. prot. n. 5621 del 15 gennaio 2019, recante comunicazione dell'esclusione della Venturini Store S.r.l. dall'appalto n. 102/2018 relativo alla procedura negoziata, previa indagine di mercato, per l'istituzione di un accordo quadro con unico operatore ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. 50/2016 per la fornitura di ferramenta e piccola

utensileria (CIG n. 7687850683);

- della comunicazione ai sensi degli artt. 29, comma 1, e 76, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, relativa ai concorrenti esclusi ed ammessi all'appalto n. 102/2018, pubblicata il 15 gennaio 2019 nel sito *web* di ETRA S.p.A.;

- della nota di ETRA S.p.A. prot. n. 8535 del 23 gennaio 2019, recante conferma dell'esclusione della Venturini Store S.r.l. dall'appalto n. 102/2018 a seguito del ricevimento delle osservazioni inviate via "P.E.C." dalla società;

- della nota di ETRA S.p.A. prot. n. 15874 del 12 febbraio 2019, contenente riscontro all'istanza di annullamento in autotutela del provvedimento di esclusione;

- della lettera di invito di ETRA S.p.A. prot. n. 108238, pubblicata il 19 novembre 2018, avente ad oggetto "*Appalto n. 102/2018 Settori speciali. Procedura negoziata, previa indagine di mercato, per l'istituzione di un accordo quadro con unico operatore ai sensi dell'art. 54 del D.Lgs. 50/2016 per la fornitura di ferramenta e piccola utensileria. Durata 36 mesi*";

- di tutti i verbali di gara

e comunque per l'accertamento

del diritto della ricorrente ad essere ammessa alla procedura di gara e, per l'effetto, di conseguire l'aggiudicazione della gara

b) con i motivi aggiunti depositati il 5 marzo 2019:

per l'annullamento,

*previa sospensione dell'esecuzione e previe misure cautelari inaudita altera parte,*

- della determinazione di ETRA S.p.A. n. 12 del 30 gennaio 2019, notificata il 1° febbraio 2019 e non ancora pubblicata sul sito della stazione appaltante, recante aggiudicazione definitiva alla F.R.A.U. S.r.l. della procedura negoziata (n. 102/2018) per la fornitura di ferramenta e piccola utensileria, con durata di n. 36 mesi;

- della lettera di invito alla procedura negoziata prot. n. 108238 del 19 novembre 2018;

- di tutti i verbali di gara;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso

nonché per la declaratoria

di inefficacia, anche retroattiva, del contratto qualora stipulato con la controinteressata e comunque per l'accertamento

del diritto della società ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il contratto, anche a mezzo di subentro nel contratto eventualmente già concluso

e per la condanna

dell'Amministrazione aggiudicatrice al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso originario e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Energia Territorio Risorse Ambientali (ETRA) S.p.A.;

Visti i motivi aggiunti depositati il 5 marzo 2019 e i relativi allegati;

Visti l'istanza di misure cautelari *inaudita altera parte* presentata dalla ricorrente, nonché il decreto presidenziale n. 97/2019 del 7 marzo 2019, recante accoglimento della stessa;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti, presentata in via incidentale dalla società ricorrente;

Visti la memoria e i documenti depositati da ETRA S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di F.R.A.U. S.r.l.;

Visti la memoria e i documenti depositati da F.R.A.U. S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 116/2019 del 21 marzo 2019, con cui è stata accolta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente;

Visti gli ulteriori documenti depositati dalla ricorrente;

Viste le memorie e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 19 giugno 2019 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

## FATTO

L'odierna ricorrente, Venturini Store S.r.l. ("Venturini"), espone di essere una società che si occupa prevalentemente di commercio al dettaglio di ferramenta, vernici, vetro piano e materiale elettrico e termoidraulico.

L'esponente inviava richiesta di partecipazione all'indagine di mercato pubblicata dal 27 settembre al 15 ottobre 2018 da Energia Territorio Risorse Ambientali S.p.A. ("ETRA") per l'individuazione dei soggetti da consultare nella procedura di gara volta alla stipula di un accordo quadro ex art. 54, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 per la fornitura di ferramenta e piccola utensileria.

Successivamente la società riceveva la lettera di invito, dov'era precisato che l'affidamento sarebbe avvenuto tramite procedura negoziata e che l'appalto, di importo pari ad € 400.000,00, sarebbe stato aggiudicato secondo il criterio del minor prezzo complessivo (ribasso medio migliore); veniva inoltre precisato il ricorso alla gara telematica.

La *lex specialis* richiedeva tra i requisiti di ordine speciale, all'art. 6), n. 2, lett. b), l'aver effettuato nel triennio 2015/2016/2017 servizi/forniture analoghe a quelli oggetto dell'appalto per un importo complessivo di almeno 1,5 volte il valore posto a base di gara.

L'esponente ammette di avere presentato la propria offerta compilando un *DGUE* elettronico in cui non compariva la voce relativa al suddetto requisito del fatturato analogo: ciò, a seguito di un mero errore materiale, peraltro dovuto – secondo la Venturini – alla mancata predisposizione di un'ideale piattaforma di conversione del *file* in formato *.xml* da parte della stazione appaltante.

Per l'effetto, la stazione appaltante richiedeva all'esponente di regolarizzare le dichiarazioni rese con riguardo alle forniture analoghe relative al triennio 2015/2017 fino al raggiungimento dell'importo richiesto e l'esponente sostiene di aver inviato un diverso *DGUE* contenente anche la compilazione della parte dedicata alle "*capacità tecniche e professionali*".

Nondimeno, con nota prot. n. 5621/2019 del 15 gennaio 2019 ETRA ha comunicato alla ricorrente la sua esclusione dall'appalto di che trattasi, ritenendo non soddisfatto il requisito dell'effettuazione di forniture analoghe ex art. 6, n. 2, lett. b), della lettera di invito: ciò, atteso che, pur a seguito del cd. soccorso istruttorio, la società avrebbe presentato un *DGUE* riportante un unico contratto in essere con la stessa ETRA per un valore di € 300.000,00, inferiore all'importo richiesto (€ 600.000,00, pari a 1,5 volte il valore dell'appalto, € 400.000,00).

A seguito di detta comunicazione, l'esponente inviava una missiva tramite "*P.E.C.*", a cui allegava i propri bilanci dell'ultimo triennio, idonei – a suo dire – a dimostrare fatturati ben superiori al citato limite di € 600.000,00: ETRA, tuttavia, con nota prot. n. 8535/2019 del 23 gennaio 2019 confermava l'esclusione, pur a fronte – lamenta la Venturini – della prova

documentale da essa data del possesso del requisito di partecipazione alla gara. La società esclusa, quindi, avanzava istanza di annullamento in autotutela della surriferita esclusione, che, però, veniva respinta da ETRA con la nota prot. n. 15874/2019 del 12 febbraio 2019.

Avverso le note di ETRA ora elencate (esclusione dalla procedura; conferma dell'esclusione; rigetto dell'istanza di autotutela), nonché avverso la lettera di invito, è insorta l'esponente, impugnando tali atti con il ricorso originario indicato in epigrafe, presentato ai sensi dell'art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., e chiedendone l'annullamento.

A sostegno del gravame, la società ha dedotto i seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 4 e 30 del d.lgs. n. 50/2016, violazione del principio di leale collaborazione tra privato e P.A. per mancata valutazione dei requisiti sostanziali in possesso della ricorrente, eccesso di potere per carenza di istruttoria, perplessità, poiché la deducente sarebbe stata *ab initio* in possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara e la sua esclusione si baserebbe su motivazioni meramente formalistiche attinenti all'erronea compilazione del *DGUE*, che, però, non potrebbero legittimamente supportare la ridetta esclusione, anche alla luce dei principi elaborati dalla giurisprudenza più recente in tema di cd. soccorso istruttorio processuale;

2) violazione del combinato disposto degli artt. 85, comma 1, 40, comma 2, e 58 del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per violazione del principio del *favor participationis*, poiché la stazione appaltante avrebbe dovuto avvalersi di una propria piattaforma ai fini della conversione del *file* in formato *.xml*, ma ciò non sarebbe avvenuto, avendo ETRA rinviato la conversione del *file* contenente il *DGUE* in un formato leggibile a un servizio esterno, e da tale omissione si sarebbe ingenerata la confusione in cui sarebbe incorsa la ricorrente nel predisporre il *DGUE* elettronico.

La società ha, inoltre, presentato domanda di accertamento del proprio diritto ad essere ammessa alla procedura di gara e, per l'effetto, di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto.

Con ricorso per motivi aggiunti, proposto ai sensi dell'art. 120, comma 7, c.p.a., la Venturini Store S.r.l. ha ulteriormente impugnato la determinazione di ETRA n. 12 del 30 gennaio 2019, contenente l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla F.R.A.U. S.r.l., nonché tutti i verbali di gara, chiedendone l'annullamento, previa tutela cautelare, anche monocratica.

Dopo aver indicato, a riprova dell'interesse a ricorrere, che l'appalto è stato aggiudicato sulla base di un ribasso medio inferiore a quello da essa offerto (33,667% contro 40,074%), la società ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione per illegittimità derivata dall'illegittimità dell'esclusione gravata con il ricorso originario, riproponendo i motivi formulati in quest'ultimo.

In subordine, la ricorrente ha, quindi, chiesto l'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini del suo rinnovo, deducendo a sostegno di tale domanda i seguenti ulteriori motivi:

3) violazione del combinato disposto degli artt. 85, comma 1, 40, comma 2, e 58 del d.lgs. n. 50/2016, poiché l'art. 12, n. 3, della lettera di invito recherebbe l'invito (illegittimo) agli

operatori economici a convertire il file “*espd-request.xml*”, contenente il *DGUE* elettronico da compilare, utilizzando il servizio messo a disposizione all’apposito “*link*” del sito *internet* della Commissione Europea: ciò, sebbene all’epoca della spedizione della lettera di invito fosse già in vigore la disciplina che impone alle stazioni appaltanti di mettere a disposizione dei concorrenti un proprio sistema interno di gestione del *DGUE* elettronico;

4) violazione del combinato disposto degli artt. 30, 35 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per violazione dei principi di eguaglianza, di parità di trattamento, di non discriminazione, di libera concorrenza e del *favor participationis*, oltre che dei valori comunitari di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione dei servizi, giacché l’art. 6, n. 2, lett. c), della lettera di invito indica tra i requisiti di partecipazione l’obbligo, per i concorrenti, di dichiarare la disponibilità giuridica di un capannone industriale di almeno mq. 1.000 ed ubicato a non oltre km. 20 dalla sede di ETRA S.p.A. in Vigonza (PD): una simile richiesta, però, sarebbe illegittima, perché non giustificata dalla rispondenza a reali esigenze di esecuzione del contratto.

La società deducente ha formulato, altresì, domande: a) di declaratoria dell’inefficacia del contratto, ove stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata F.R.A.U. S.r.l.; b) di accertamento del proprio diritto all’aggiudicazione della gara e, per l’effetto, alla stipula del contratto, anche a mezzo di subentro nel contratto eventualmente già concluso; c) di condanna di ETRA S.p.A. al risarcimento del danno, in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

L’istanza di misure cautelari monocratiche contenuta nei motivi aggiunti è stata accolta con decreto presidenziale n. 97/2019 del 7 marzo 2019.

ETRA S.p.A. – già costituitasi in giudizio con atto formale – ha depositato una memoria difensiva con documentazione sui fatti di causa, eccependo: in rito, la tardività della censura formulata dalla ricorrente avverso la clausola della *lex specialis* che ha prescritto la disponibilità di un capannone industriale, nonché la carenza di interesse alla proposizione di tale censura; nel merito, l’infondatezza delle doglianze dedotte con il ricorso originario e con quello per motivi aggiunti, tenuto anche conto dell’inammissibilità del cd. soccorso istruttorio processuale.

Si è, altresì, costituita in giudizio la F.R.A.U. S.r.l. (“F.R.A.U.”), depositando memoria difensiva con documenti e contestando le argomentazioni del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 116/2019 del 21 marzo 2019 l’adito Tribunale ha accolto l’istanza di sospensione presentata con i motivi aggiunti.

In vista dell’udienza pubblica le parti hanno rispettivamente depositato memoria finale e replica; la ricorrente ha inoltre depositato ulteriori documenti.

All’udienza pubblica del 19 giugno 2019, dopo una sintetica discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO



Formano oggetto di impugnazione, unitamente agli atti presupposti e/o connessi elencati in epigrafe (tra cui, in particolare, la lettera di invito): con il ricorso originario, l'atto di esclusione della ricorrente dall'appalto per cui è causa; con i motivi aggiunti, la determinazione di aggiudicazione definitiva del ridetto appalto alla controinteressata.

In via preliminare è necessario rammentare il diffuso indirizzo giurisprudenziale, cui aderisce questa Sezione, per il quale, laddove un giudizio abbia ad oggetto sia atti (l'esclusione dalla gara per difetto dei requisiti) impugnabili – *ratione temporis* – con il rito “*super-speciale*” previsto dagli ora abrogati commi 2-*bis* e 6-*bis* dell'art. 120 c.p.a., sia atti (in specie: l'aggiudicazione) impugnabili con il rito “*ordinario*” ex art. 120, commi 1 e 6, c.p.a., si applica quest'ultimo rito e non quello “*super-speciale*” (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Veneto, Sez. I, 7 gennaio 2019, n. 23; id. 20 agosto 2018, n. 872; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 20 dicembre 2016, n. 5852; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367). L'orientamento giurisprudenziale, che reputa applicabile il rito “*ordinario*” di cui al comma 6 e non quello “*speciale*” di cui al comma 6-*bis* del citato art. 120 nel caso di cumulo di azioni, del resto, trova avallo anche nella recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018, la quale ha escluso perentoriamente l'applicabilità del rito ex art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. all'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione della gara (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 24 gennaio 2019, n. 84; id. n. 872/2018, cit.).

Fatta questa premessa e passando ora al merito del gravame, osserva il Collegio che i due motivi in cui si articola il ricorso introduttivo sono riproposti nel ricorso per motivi aggiunti, lì dove con questo viene dedotta l'illegittimità derivata da cui sarebbe affetta l'aggiudicazione, per l'illegittimità che vizierebbe l'esclusione della Venturini dalla procedura. Ne consegue l'opportunità della trattazione congiunta delle due coppie di motivi e cioè del primo motivo del ricorso introduttivo unitamente al primo motivo aggiunto, e del secondo motivo del ricorso originario unitamente al secondo motivo aggiunto.

Andando, pertanto, ad iniziare la disamina del primo motivo, si evidenzia che con esso la ricorrente lamenta di avere da sempre posseduto il requisito di partecipazione previsto dall'art. 6, n. 2, lett. b), della lettera di invito, consistente nell'effettuazione, nel triennio 2015/2017, di forniture analoghe a quelle oggetto di gara, per un importo complessivo di almeno € 600.000,00. A riprova di ciò la società produce in atti i bilanci relativi agli anni 2015, 2016 e 2017, richiamando i principi in materia di cd. soccorso istruttorio processuale: da tali bilanci, infatti, emergerebbe il possesso in capo alla Venturini di fatturati annui, rispettivamente, di € 1.300.000,00, € 2.000.000,00 ed € 2.230.000,00, ampiamente superiori alla suesposta soglia minima.

I bilanci in questione, inoltre, sarebbero stati già forniti dalla deducente ad ETRA in allegato sia alla missiva inviata a mezzo “*P.E.C.*” dopo la comunicazione dell'esclusione dalla gara, sia all'istanza di annullamento in autotutela (v. all.ti 10-12 al ricorso originario), cosicché:

a) gli atti impugnati – e in specie l'esclusione della ricorrente dalla procedura – sarebbero viziati da difetto di istruttoria, per non avere la stazione appaltante preso in considerazione la documentazione contabile che le era stata trasmessa e che è stata poi prodotta in giudizio;



b) la suddetta esclusione si baserebbe su rilievi meramente formalistici e cioè sull'errore materiale commesso dalla Venturini in sede di compilazione del *DGUE* elettronico (errore che l'ha condotta a non indicare il requisito del fatturato analogo), senza tenere conto dei profili sostanziali connessi al possesso, in capo alla stessa deducente, del requisito *de quo*;

c) le motivazioni addotte da ETRA a fondamento della decisione di non tenere conto dei documenti contabili ad essa inviati dalla ricorrente sarebbero a loro volta di tenore soltanto formalistico, giacché, da un lato, si baserebbero su un principio giurisprudenziale – quello che fa divieto di dilazionare il termine concesso con il “soccorso istruttorio” per ulteriori integrazioni documentali (così la nota di conferma dell'esclusione) – non conferente rispetto al caso di specie; d'altro lato, tali motivazioni si fermerebbero al dato formale dell'erronea compilazione del *DGUE* da parte della ricorrente e della correttezza del modello elettronico fornito ai concorrenti, senza muovere alcuna contestazione circa l'effettivo possesso del requisito di che trattasi in capo alla società.

In ultima analisi, la stazione appaltante avrebbe deciso di escludere dalla platea dei concorrenti un soggetto – quale sarebbe la Venturini – dotato di affidabilità economica e di esperienza nel settore oggetto dell'appalto, nonché in possesso di tutti i requisiti speciali sin dall'epoca della partecipazione alla gara, per una ragione formale legata all'erronea compilazione del *DGUE*; e l'illegittimità di detta decisione si coglierebbe vieppiù sotto il profilo della sua incoerenza rispetto alla *ratio* sottesa alle procedure di evidenza pubblica, quella, cioè, di selezionare l'offerta che meglio risponda alle esigenze perseguite dalla stazione appaltante.

Né potrebbe opporsi – aggiunge la deducente – che la propria ammissione alla gara avrebbe integrato una violazione della *par condicio competitorum*, poiché la società non avrebbe mai chiesto ad ETRA di consentirle di integrare successivamente rispetto agli altri concorrenti i requisiti di partecipazione prescritti, bensì solo di prendere atto del loro possesso da parte della medesima deducente, in quanto emergente *per tabulas* dalla lettura coordinata della visura camerale e dei bilanci della società. Sotto questo aspetto, anzi, la ricorrente evidenzia come il possesso dei requisiti possa ben essere verificato d'ufficio dalla stazione appaltante, anche in autonomia ed a prescindere dal cd. soccorso istruttorio, in un'ottica di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, nonché di collaborazione tra concorrenti e stazione appaltante stessa.

Così estesamente riportato il primo motivo del ricorso originario (nonché primo motivo aggiunto), il Collegio osserva che lo stesso è stato positivamente valutato in sede cautelare: ed infatti, la già citata ordinanza n. 116/2019 ha accolto l'istanza di sospensione della ricorrente “*tenuto conto, da un lato, di quanto disposto dal parag. 12), pag. 8, del capitolato speciale descrittivo e prestazionale in materia di verifica del possesso dei requisiti professionali autodichiarati dall'aggiudicatario, dall'altro, della necessità di mantenere la res adhuc integra sino alla decisione definitiva*”.

Orbene, il parag. 12 del capitolato speciale descrittivo e prestazionale (v. doc. 1 di F.R.A.U. S.r.l.), a pag. 8, dapprima ripropone, tra i requisiti di capacità tecnico-professionali di cui i concorrenti devono essere in possesso a pena di esclusione, alla lett. a), l’“*avere effettuato*

servizi/forniture analoghe nel triennio precedente alla data di pubblicazione della presente procedura di gara, per un imponibile non inferiore a 1,5 l'importo a base di appalto"; di seguito, precisa che "Sarà compito della Stazione Appaltante verificare il possesso dei requisiti auto dichiarati in fase di gara dall'aggiudicatario, prima della stipula del contratto. In particolar modo:

1. il requisito di cui alla lettera a) dovrà essere provato con il deposito di copia di fatture/contratti e dei bilanci o delle dichiarazioni annuali I.V.A. relativamente al triennio precedente alla pubblicazione della lettera di invito (.....)".

Di qui, al sommario esame tipico della fase cautelare, la configurazione dei bilanci attinenti al 2015, 2016 e 2017, prodotti dalla Venturini, quali documenti idonei a comprovare il possesso da parte della società del requisito delle forniture analoghe.

Tuttavia, una più approfondita analisi, propria della fase di merito del giudizio, impone di rimeditare la conclusione ora esposta: ciò, alla luce del dato – emergente dagli atti di causa – per cui, una volta concesso alla Venturini dalla stazione appaltante un termine per regolarizzare la propria dichiarazione incompleta circa il possesso del requisito dell'effettuazione di forniture analoghe nel triennio 2015-2016-2017 fino al raggiungimento della soglia di € 600.000,00 (cfr. all. 9 al ricorso introduttivo), la società non ha provveduto alla predetta regolarizzazione. Essa, infatti, ha presentato un nuovo *DGUE* che recava l'indicazione di un unico contratto per forniture analoghe (quello in essere con la stessa ETRA) del valore di € 300.000,00, quindi di importo nettamente inferiore a quanto richiesto dall'art. 6, n. 2, lett. b), della lettera di invito (v. pag. 23 del doc. 22 depositato da ETRA) e per giunta attinente a un periodo (2015/2018) diverso da quello previsto dalla *lex specialis*.

Come emerge dalla stessa missiva inviata via *P.E.C.* dalla Venturini in riscontro alla comunicazione di esclusione dalla gara (all. 10 al ricorso), non si è trattato per nulla di un mero errore materiale nella compilazione del nuovo *DGUE* da parte della stessa deducente, avendo quest'ultima indicato la sola fornitura in essere con ETRA (accordo quadro di € 200.000,00 + 100.00,00 per il periodo 2015/2018), nonostante il chiarissimo tenore delle richieste che le erano state rivolte dalla stazione appaltante con la nota che disponeva il cd. soccorso istruttorio (v. all. 9 al ricorso). Questa condotta – indubbiamente negligente – si aggiunge all'omissione delle necessarie dichiarazioni nel *DGUE* presentato in gara (v. doc. 21 di ETRA) e la negligenza della ricorrente tanto più risalta, se si confronta la sua condotta con il *DGUE* allegato all'offerta della controinteressata F.R.A.U., che contiene, invece, le informazioni necessarie (v. pagg. 14-15 del doc. 24 depositato da ETRA).

Non può, dunque, in alcun modo condividersi l'assunto della ricorrente, espresso più volte negli scritti difensivi, secondo cui essa avrebbe sempre inequivocabilmente dichiarato il possesso del requisito dell'effettuazione di forniture analoghe fin dal momento della partecipazione alla gara, sia in sede di manifestazione di interesse, sia in sede di *DGUE*: è vero, al contrario, che in nessuno dei documenti prodotti in gara dalla Venturini – né nel *DGUE* allegato all'offerta, né tantomeno nel nuovo *DGUE* presentato a seguito del cd. soccorso istruttorio attivato da ETRA – la società ha dichiarato il possesso del requisito in questione, stabilito – si ribadisce – a pena di esclusione dall'art. 6, n. 2, lett. b), della lettera di

invito.

Ad avviso del Collegio, l'incapacità di regolarizzare le proprie dichiarazioni mostrata dalla Venturini nell'ambito del cd. soccorso istruttorio concessole da ETRA non può essere ora superata nella sede processuale, a pena di violare sia i principi di concorsualità e di *par condicio* dei concorrenti, sia l'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016. In specie, ad opinare diversamente risulterebbe violato il comma 9 del ridetto art. 83, a tenor del quale *"in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione (id est: il termine assegnato al concorrente dalla stazione appaltante con il soccorso istruttorio per consentirle di sanare le irregolarità formali della domanda), il concorrente è escluso dalla gara"*.

Come giustamente eccepisce ETRA nelle sue difese, qualora il soccorso istruttorio sia stato attivato – è il caso di precisare: in maniera piena ed esaustiva – a favore del concorrente e questi non ne abbia saputo fruire, non ottemperando alle richieste della stazione appaltante, il concorrente stesso non può vantare alcuna pretesa alla concessione di una seconda "finestra di regolarizzazione". Invero, in una vicenda che presenta delle analogie sotto il profilo ora in esame, questa Sezione (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 28 dicembre 2018, n. 1215) ha già avuto modo di affermare che *"non può la parte ricorrente dolersi della mancata richiesta di ulteriori chiarimenti e precisazioni ovvero di un c.d. secondo soccorso istruttorio: il principio di buona fede, pacificamente applicabile anche nell'ambito dei rapporti di diritto pubblico, ed il principio di solidarietà sociale di ascendenza costituzionale cui lo stesso si riconnette, non impone alla parte pubblica di farsi carico delle aspettative della controparte privata - attraverso il reiterato ricorso al potere di soccorso istruttorio - laddove ciò comporti un pregiudizio per l'interesse pubblico e tale interesse esige la celere conclusione del procedimento di evidenza pubblica al fine di soddisfare in modo efficace le finalità per cui la procedura è stata indetta (arg. ex T.A.R. Molise, sez. I, 3 maggio 2017, n. 159)"*.

Per quanto riguarda, poi, il richiamo della ricorrente al cd. soccorso istruttorio processuale, osserva il Collegio che tale richiamo non è condivisibile, dovendo limitarsi l'esperibilità di un simile rimedio – del tutto residuale ed *extra ordinem* – all'ipotesi dell'omessa o lacunosa attivazione del cd. soccorso istruttorio procedimentale, previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, da parte della stazione appaltante.

La limitazione ora vista emerge dalla nota sentenza del Consiglio di Stato che ha delineato i caratteri e la disciplina del "soccorso istruttorio processuale" (C.d.S., Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975).

Si legge, infatti, in tale sentenza:

*"23.4. Ritiene infatti il Collegio che la scelta sostanzialistica del legislatore, diretta ad impedire l'esclusione per vizi formali nella dichiarazione, quando vi è prova del possesso del requisito, deve applicarsi anche quando l'incompletezza della dichiarazione viene dedotta come motivo di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di altra impresa partecipante alla selezione (non essendosene avveduta la stazione appaltante in sede di gara), ma è provato che la concorrente fosse effettivamente in possesso del prescritto requisito soggettivo fin dall'inizio della procedura di gara e per tutto il suo svolgimento."*

*In tale caso, infatti, l'irregolarità della dichiarazione si configura come vizio solo formale e non sostanziale, emendabile secondo l'obbligatoria procedura di soccorso istruttorio.*

*23.5. La successiva correzione, o integrazione documentale della dichiarazione non viola affatto il principio della par condicio tra i concorrenti, in quanto essa mira ad attestare, correttamente, l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento di soccorso istruttorio”.*

Si legge, ancora:

*“28.2. Dalla piana lettura della disposizione (id est. l'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis* al caso esaminato dal Consiglio di Stato) emerge che la mancanza della dichiarazione da parte del concorrente, in ordine al possesso dei requisiti di moralità, determina l'avvio del procedimento di “soccorso istruttorio”, subordinato all'adempimento della obbligazione pecuniaria posta in capo al medesimo.*

*28.3. E' solo la reiterata e perdurante omissione della richiesta integrazione documentale che determina l'esclusione dalla gara o, detto diversamente, rende illegittima la permanenza in gara e l'aggiudicazione in favore del candidato inadempiente.*

*28.4. Tutto l'impianto della norma è calibrato sul carattere formale delle violazioni o delle omissioni, ed è a questo specifico carattere che la norma fa riferimento, quando impone la sanatoria in un certo termine, pena l'esclusione, così coniugando il principio di regolarità formale della gara, con quello sostanziale di scelta dell'offerta migliore. Il primo non è totalmente sacrificato, ma si impone nei limiti dell'obbligo di regolarizzazione, e sempre che l'interesse a regolarizzare ed a concorrere per l'aggiudicazione permanga in capo al concorrente”.*

Nello stesso senso si è espressa anche la giurisprudenza successiva, la quale ha continuato a collegare l'esperibilità del cd. soccorso istruttorio processuale alla mancata preventiva attivazione del doveroso soccorso istruttorio in sede procedimentale ad opera della stazione appaltante (cfr. C.d.S., Sez. V, 14 marzo 2019, n. 1690; id., 8 giugno 2018, n. 3483; id., 10 aprile 2018, n. 2180; id., 11 dicembre 2017, n. 5826).

Nel caso qui in esame, i documenti prodotti in sede processuale dalla ricorrente non costituiscono per nulla – come essa tenta di accreditare – delle “specificazioni” delle autodichiarazioni già presentate, ma, in realtà, integrano le autodichiarazioni non fornite in gara, neppure nell'ambito del cd. soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016: ammetterne la produzione, perciò, ad avviso del Collegio determinerebbe nel contempo sia la violazione della disciplina dettata dal predetto art. 83, comma 9 (che assegna un termine perentorio per la regolarizzazione), sia una lesione del principio di *par condicio competitorum*.

Se ne evince, in conclusione, l'infondatezza del primo motivo del ricorso originario, nonché del primo motivo aggiunto, che ne reca la riproduzione.

Peraltro, quanto finora esposto comporta, in aggiunta, l'infondatezza anche del secondo motivo del ricorso introduttivo (e del secondo motivo aggiunto, che lo ripropone), nonché, ancora, l'infondatezza del terzo motivo aggiunto.

Ed invero, con il secondo motivo la ricorrente sostiene che il preteso errore materiale in cui sarebbe incorsa nella compilazione del *DGUE* circa la dichiarazione del possesso del requisito di che trattasi dipenderebbe dall'utilizzo, ad opera di ETRA, della piattaforma della Commissione Europea per la predisposizione del *DGUE* elettronico, in luogo della predisposizione di una propria piattaforma. Il terzo motivo, poi, è finalizzato ad ottenere in subordine l'annullamento dell'intera gara, ai fini della sua ripetizione, muovendo sempre dalla mancata predisposizione, da parte della stazione appaltante, di un proprio sistema interno di gestione del *DGUE* elettronico (e cioè di un proprio convertitore del *file* con il *DGUE* in formato *.xml* per renderlo ostensibile a tutti gli operatori).

Aggiunge la ricorrente che le prescrizioni da essa invocate non avrebbero carattere formalistico, in quanto rispondono all'interesse del Legislatore di garantire che le informazioni richieste dalle stazioni appaltanti siano fornite ed assunte in formato tale da garantirne l'immodificabilità e la condivisione nelle banche dati pubbliche, senza problemi di interconnessione generati dall'utilizzo di sistemi non conformi alle regole tecniche di cui all'art. 58, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016.

In contrario, tuttavia, è agevole evidenziare che i fatti sopra riportati confutano *in toto* la ricostruzione della deducente, poiché la Venturini ha avuto, mediante il soccorso istruttorio, la possibilità di inviare un nuovo *DGUE*, l'ha compilato a penna (v. doc. 22 di ETRA) e, ciononostante, non ha dichiarato il possesso del requisito nella misura minima prescritta della *lex specialis*. Né la società ha allegato il benché minimo indizio circa intervenute modifiche dei *DGUE* presentati, o circa la loro presunta non ostensibilità, o ancora circa l'uso da parte della stazione appaltante di un sistema non conforme alle regole tecniche del nuovo Codice degli Appalti.

Ad ulteriore riprova dell'irrelevanza delle censure riguardanti la scelta della piattaforma digitale per la predisposizione del *DGUE*, si osserva che ETRA ha attivato il cd. soccorso istruttorio nonostante la deducente avesse inviato un modello di *DGUE* "acquisito con modalità differenti rispetto a quanto indicato nella lettera d'invito e, pertanto, difforme rispetto a quello inserito dalla Stazione Appaltante tra i documenti di gara" (così la nota di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela, v. all. 14 al ricorso).

A fronte di tale irregolarità formale, la stazione appaltante, in coerenza con l'indirizzo "sostanzialista" invocato dalla società ricorrente, le ha consentito attraverso il cd. soccorso istruttorio di integrare la dichiarazione relativa al requisito (non dichiarato nel *DGUE* elettronico) del fatturato per forniture analoghe: ma la società non ha comunque fornito detta dichiarazione.

A nulla vale, perciò, dolersi del tipo di piattaforma digitale prescelto dalla stazione appaltante, che, in base alla ricostruzione dei fatti sopra riportata, è totalmente estraneo alla mancata dimostrazione del possesso del requisito, in cui è incorsa la concorrente: come giustamente



ribatte ETRA nelle sue difese, ciò che rileva è la sola e unica mancata dimostrazione del requisito sia in fase di gara, sia nel soccorso istruttorio. Donde, in definitiva, l'infondatezza dei motivi ora analizzati.

Da ultimo, con il quarto motivo aggiunto la società deduce – sempre nell'ottica dell'annullamento in subordine dell'intera gara, ai fini della sua ripetizione – l'illegittimità della clausola della *lex specialis* che ha prescritto in capo ai concorrenti la disponibilità giuridica di un capannone industriale, avente determinate dimensioni e posto a una data distanza dalla sede di ETRA.

La deducente, tuttavia, non ha in alcun modo allegato, né dimostrato di non possedere il requisito di che trattasi, il quale, anzi, risulta dichiarato nella richiesta di partecipazione inviata dalla Venturini in riscontro all'indagine di mercato (v. all. 7 al ricorso originario). Il motivo è, dunque, inammissibile per carenza di interesse alla sua proposizione, non essendo la clausola della *lex specialis* che prevede il requisito in discorso lesiva di alcun interesse della società.

In definitiva, pertanto, il ricorso originario è infondato e da respingere, attesa l'infondatezza di tutti e due i motivi con esso dedotti. Ciò comporta l'infondatezza anche dei primi due motivi aggiunti (che ripropongono i motivi del ricorso introduttivo), mentre il terzo e il quarto motivo aggiunto risultano, rispettivamente, l'uno infondato e l'altro inammissibile per carenza di interesse.

Per l'effetto, vanno respinte anche le altre domande, diverse dalla domanda di annullamento degli atti impugnati, formulate dalla ricorrente e in specie: la domanda di accertamento del diritto della società deducente ad essere riammessa alla gara, quella di declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato da ETRA con l'aggiudicataria, quella di accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto (anche mediante subentro nel contratto) e, infine, la domanda di risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese tra le parti, in ragione sia della complessità delle questioni trattate, sia del diverso avviso che era stato espresso in fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I<sup>^</sup>), così definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge in quanto infondati in relazione ai primi tre motivi (ricorso originario e motivi aggiunti), dichiarando inammissibile il quarto motivo aggiunto.

Respinge le ulteriori domande formulate dalla ricorrente, come specificato in motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 19 giugno 2019, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario