

L'inapplicabilità del soccorso istruttorio processuale in caso di attività discrezionale della Stazione appaltante.

di Antonio La Marca

Data di pubblicazione: 19-3-2024

Il soccorso istruttorio processuale deve attenersi a carenze di natura formale, afferenti ad attività vincolata, e tradursi, dunque, nell'accertamento della sussistenza del requisito non dichiarato; solo tale condizione consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione.

Un'attestazione finalizzata a dimostrare l'equivalenza non vale a supplire la carenza di un elemento formale dell'offerta ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto presuppone un documento tecnico inadeguato; altrimenti opinando, il soccorso istruttorio sia in sede procedimentale che in sede processuale comporterebbe una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo rispetto a quelli prodotti in gara.

N. 01434/2024REG.PROV.COLL.

N. 05410/2023 REG.RIC.

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 5410 del 2023, proposto da Carucci Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9456197C9D, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Melucci, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Nemoli, non costituito in giudizio;

nei confronti

Green System s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata n. 259 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2023 il Cons. Stefano Fantini; viste le conclusioni come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Carucci Costruzioni s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 3 maggio 2023, n. 259 del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, che ha accolto il ricorso principale della Green System s.r.l. avverso la determinazione comunale in data 22 dicembre 2022 con cui il Comune di Nemoli ha aggiudicato all'appellante la procedura aperta per l'affidamento dei *“lavori di ristrutturazione dello stadio comunale Gennaro Filardi, con rifacimento del manto di gioco in erba sintetica”* e anche il ricorso incidentale escludente della stessa Carucci Costruzioni.

All'esito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara è risultata aggiudicataria la Carucci Costruzioni s.r.l.

2. - Con il ricorso in primo grado la Green System s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione in favore della Carucci, deducendo che la stessa era priva del requisito di qualificazione afferente all'attestazione di avere eseguito precedenti attività di costruzioni e manutenzione di impianti sportivi come prescritto dall'art. 16 del disciplinare, criterio P3, e doveva pertanto essere esclusa dalla gara.

La Carucci, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della

Green System s.r.l. nell'assunto che non aveva prodotto i "test report LND" previsti dalla *lex specialis* di gara a pena di esclusione.

3. - La sentenza impugnata ha accolto sia il ricorso principale che quello incidentale, rilevando anzitutto la mancata produzione, da parte della società Carucci Costruzioni, degli "attestati per le attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi, rilasciati da enti certificatori accreditati", come pure dei documenti a comprova della riciclabilità del manto sintetico "62 Double X Plus Ecogreen GC", requisiti di partecipazione prescritti dalla *lex specialis* (rispettivamente, art. 16, criterio P3, e criterio P1.9 del disciplinare di gara) a pena di esclusione. Con riferimento al ricorso incidentale, la sentenza ha ritenuto che la Green System s.r.l. non ha prodotto nella relazione tecnica i "test report LND" previsti a pena di esclusione dal disciplinare di gara, all'art. 16, in relazione al criterio P1. Conseguentemente, la sentenza ha annullato gli atti di gara nella parte in cui hanno consentito la partecipazione alla procedura sia della Green System s.r.l., sia della Carucci Costruzioni s.r.l., nonché, conseguentemente, nella parte in cui hanno disposto l'aggiudicazione in favore della Carucci Costruzioni s.r.l.

4. - Con il ricorso in appello la Carucci Costruzioni s.r.l. ha criticato la sentenza con riguardo all'accoglimento del ricorso principale, che ne ha determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, deducendo che gli attestati per attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi non costituivano requisito di qualificazione od addirittura di partecipazione alla procedura, essendo rilevanti ai soli fini dell'attribuzione del punteggio; in ogni caso, per l'appellante, sarebbe vietato negli appalti di lavori richiedere requisiti di capacità tecnica e finanziaria diversi dalla qualificazione SOA, aggiungendo ancora che la mancata produzione dell'attestato di riciclabilità del manto comportava non già l'esclusione, ma solamente l'attribuzione di un punteggio pari a zero (trattandosi di criterio premiale).

5. - Nella mancata costituzione in giudizio delle parti resistenti, all'udienza pubblica del 16 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo mezzo di gravame censura la statuizione di accoglimento del primo motivo di ricorso concernente la mancata produzione, da parte della Carucci, degli "attestati per le attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi, rilasciati da enti certificatori accreditati", requisiti di ordine speciale prescritti dall'art. 16, criterio P3, del disciplinare a pena di esclusione (in aggiunta al possesso dell'attestazione SOA per le categorie OS6 Classe II ed OG1 Classe I, prevista dall'art. 7.3). Deduce l'appellante che la predetta attestazione non è un requisito di qualificazione e tanto meno di partecipazione alla gara, in quanto non contemplato nel paragrafo III.3 (condizioni di partecipazione) del bando di gara; il possesso di siffatta documentazione consentiva solamente l'attribuzione di un punteggio premiale (14 punti) di cui al criterio P3 (pagina 33 del disciplinare).

Il secondo motivo, che può essere esaminato congiuntamente al primo in ragione del rapporto di complementarità, deduce poi che i predetti attestati non costituiscono requisiti di partecipazione, in quanto nella elencazione contenuta nella tabella a pagina 33 del disciplinare non risultano attestati per attività di costruzione e manutenzione; in ogni caso l'appellante

possiede il certificato di qualità ISO per il settore IAF28, che si riferisce alle costruzioni.

I motivi sono infondati.

Occorre chiarire che non risultano congruenti i parametri di legittimità che l'appellante inferisce dalla *lex specialis*.

Procedendo per ordine, i requisiti di partecipazione non sono desumibili in modo esaustivo dalla Sezione III.3 del bando di gara, la quale, nel dettare le "condizioni di partecipazione", fa rinvio alle specifiche disposizioni del disciplinare.

Il disciplinare, a sua volta, all'art. 6, definisce i requisiti generali e all'art. 7 i requisiti speciali.

Guardando, *ratione materiae*, all'art. 7 (requisiti speciali e mezzi di prova), è richiesta, a pena di esclusione, al punto 7.3, quale dimostrazione di "capacità tecnica e professionale", la "attestazione SOA per le categorie OS6 Classe II ed OG1 Classe 1".

Non può peraltro escludersi che il disciplinare di gara introduca, accanto all'ordinario sistema di qualificazione (attraverso gli attestati SOA) caratterizzante gli appalti di lavori, un requisito ulteriore quale contenuto dell'offerta tecnica, purché sia congruo con l'oggetto dell'appalto. Nella fattispecie controversa l'art. 16 del disciplinare, concernente l'offerta tecnica, prevede che la busta telematica "offerta tecnica" debba includere, a pena di esclusione, una serie di documenti, tra cui la "*relazione criterio P3 : qualificazione impresa*", la quale dovrà contenere gli "*attestati per le attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi, rilasciati da enti certificatori accreditati*". Il disciplinare configura questi attestati come un requisito di qualificazione e di partecipazione alla gara; non occorre dunque indugiare sul rapporto tra requisito di qualificazione e di partecipazione, pur potendosi affermare che, in linea di principio, negli appalti di lavori il possesso della qualificazione nella categoria prevalente giustifica di per sé la partecipazione alla gara (nei raggruppamenti il discorso è invece più complesso e si pone il problema del rapporto tra i requisiti di qualificazione e la quota di partecipazione al raggruppamento e la quota di esecuzione della prestazione).

Va peraltro aggiunto che la sentenza di prime cure ha posto in evidenza (circostanza rimasta incontestata) che *«l'aggiudicataria ha presentato soltanto certificati concernenti la costruzione e manutenzione di edifici civili, la costruzione di strade, acquedotti e fognature, la manutenzione di immobili sottoposti a tutela, senza tuttavia presentare gli attestati di cui all'art. 16, criterio P3, così chiaramente integrando una violazione delle prescrizioni sanzionate con l'espulsione dalla gara»*.

Né appare sostenibile l'assunto dell'appellante secondo cui la comminatoria di esclusione riguarderebbe solamente la relazione, atteso che, quanto meno per il criterio P3, essa non ha un valore contenutistico, ma si caratterizza come mero contenitore degli attestati.

2. - Il terzo e il quarto motivo deducono poi che il requisito di capacità tecnica e finanziaria per gli appalti di lavori (di valore inferiore a 20 milioni di euro) è costituito unicamente dall'attestazione SOA (ex art. 60 del d.P.R. n. 207 del 2010, cui fa rinvio, ai fini della sua

ultrattività, l'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016), di cui l'appellante era in possesso, sì che doveva ritenersi preclusa la richiesta di dimostrazione della qualificazione con modalità diverse; ne discende, per l'appellante, la nullità della clausola della *lex specialis* ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Anche tali motivi sono infondati.

Invero, la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può dunque riguardare prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara attinenti ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica (Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5828; III, 7 luglio 2017, n. 3352), come è invece nel caso di specie. Peraltro, come rilevato dal primo giudice, «*trattandosi della realizzazione di uno stadio comunale, appare logica e ragionevole la scelta di selezionare operatori economici in possesso di attestazioni di qualità riferite alla realizzazione di impianti sportivi*»; non si tratta dunque di un requisito sproporzionato o determinante un'abusiva restrizione dell'accesso concorrenziale (rispetto alla certificazione necessaria ISO 9001), in quanto finalizzato alla dimostrazione della adeguatezza per una commessa con requisiti di specialità.

3. - Il quinto mezzo, che si esamina per completezza di trattazione risultando dirimente la reiezione delle censure precedentemente scrutinate, critica poi l'ulteriore statuizione di primo grado relativa alla mancata produzione, da parte della Carucci Costruzioni s.r.l., dei documenti a comprova della riciclabilità del manto sintetico "62 Double X Plus Ecogreen GC" (di cui al criterio P1.9) offerto in gara; deduce l'appellante che dalla tabella contenuta nell'art. 18.1 (pagina 32) del disciplinare emergerebbe che la mancata produzione dell'attestato di riciclabilità avrebbe dovuto comportare non già l'esclusione, ma l'attribuzione di un punteggio pari a zero; anche in tale caso la sentenza appellata avrebbe fatto un'erronea commistione tra requisiti di partecipazione e criteri premiali. In ogni caso, per l'appellante, l'attestato di riciclabilità prodotto è riferibile al prodotto offerto, in quanto riguarda il manto 52, di cui il manto 62, dello stesso produttore, sarebbe l'evoluzione; la validità dell'attestazione è oggetto della certificazione che è stata erroneamente ritenuta inammissibile in quanto postuma, senza tenere conto della possibilità di soccorso istruttorio processuale.

Il motivo è infondato.

Anche con riguardo al criterio P1 (profilo tecnico manto erba sintetica), come si è già osservato al punto *sub* 1) della motivazione, vale la considerazione per cui l'art. 16 del disciplinare richiede la relazione a pena di esclusione; detta relazione deve contenere l'attestato di sistema LND; non si tratta dunque soltanto di un criterio premiale.

La certificazione versata in atti, circa l'equivalenza dell'attestato di riciclabilità per il manto 52 con il manto 62, non è comunque suscettibile di soccorso istruttorio processuale, in quanto lo stesso deve attenersi a carenze di natura formale, afferenti cioè ad attività vincolata, e tradursi dunque nell'accertamento della sussistenza del requisito non dichiarato (Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2242); solo tale condizione consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione.

Ma un'attestazione finalizzata a dimostrare l'equivalenza non vale a supplire la carenza di un elemento formale dell'offerta ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto presuppone un documento tecnico inadeguato; altrimenti opinando, il soccorso istruttorio sia in sede procedimentale che in sede processuale comporterebbe una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo rispetto a quelli prodotti in gara (così Cons. Stato, III, 7 luglio 2022, n. 5650).

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso in appello va respinto.

Non v'è luogo a provvedere sulle spese di giudizio, stante la mancata costituzione in giudizio delle parti intimiate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Guida alla lettura

Con la sentenza n. 1434 del 13 febbraio 2024 la V sezione del Consiglio di Stato ha ribadito i limiti applicativi del soccorso istruttorio processuale, istituito di creazione giurisprudenziale complementare rispetto al suo "alter ego" procedimentale disciplinato dall'art. 101 D. Lgs. 36/2023 e dal previgente art. 83, comma 9, D. Lgs. 50/2016.

Nella fattispecie concreta sottoposta al vaglio del Supremo consesso della giurisdizione amministrativa, avente ad oggetto l'affidamento dei lavori di ristrutturazione dello stadio comunale, la società appellante, controinteressata soccombente nel giudizio di primo grado,

non aveva prodotto in sede di gara la certificazione richiesta dalla *lex specialis* ossia una attestazione di riciclabilità del manto 62. Va sottolineato che in sede giudiziale era stato depositato un certificato relativo al manto 52 in possesso della impresa, ritenuto dalla difesa del ricorrente equivalente a quello imposto dal disciplinare.

La tesi della appellante, però, tradiva una erronea ricostruzione dell'alveo applicativo del soccorso istruttorio processuale. Come accennato in premessa, esso, infatti, opera qualora sussista una carenza formale e la Stazione appaltante, in violazione del principio di effettività della tutela, non abbia consentito al concorrente di emendare lacune meramente formali dell'offerta, dimostrando la sussistenza dei requisiti richiesti dalla procedura ad evidenza pubblica. In tale ipotesi, pertanto, il Giudice può "sostituire" la p.a. nell'accertamento della sussistenza del requisito -apparentemente- mancante.

Analogo potere processuale non è, invece, ammissibile qualora la verifica involga valutazioni di carattere discrezionali. Diversamente argomentando, si assisterebbe a una lapalissiana violazione del principio di separazione dei poteri. L'intera disciplina legislativa del processo amministrativo, artt. 31, comma 3, e 34, comma 1, lett. c), c.p.a., individua nella natura vincolata del potere il presupposto necessario per l'operatività delle ipotesi residuali di apparente "surroga" del Giudice nella posizione della pubblica amministrazione; apparente perché, invero, il legislatore non autorizza una "supplenza giudiziale" alle mancanze amministrative, ma di fatto prende atto che nel caso di potere vincolato la naturale conseguenza dell'illegittimità del provvedimento o del comportamento della p.a. è l'adozione del provvedimento anelato dal titolare dell'interesse legittimo, alla luce del contestuale esaurimento del potere della p.a.

In materia di appalti pubblici, dunque, qualora il concorrente non possieda una certificazione richiesta ai fini della partecipazione, ma intenda "spendere" quale requisito un attestato ritenuto analogo, deve curarne la relativa produzione in sede di gara consentendo alla Stazione appaltante di verificare la sussistenza o meno della idoneità del documento ai fini partecipativi. Una attestazione finalizzata a dimostrare l'equivalenza rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis* presuppone un documento tecnico inadeguato e, pertanto, l'applicazione del soccorso istruttorio processuale o di quello procedimentale si tradurrebbe in una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di certificati nuovi rispetto a quelli prodotti in sede di gara. In tale ipotesi, quindi, il Giudice deve annullare l'aggiudicazione, se il "vizio" concerne l'offerta dell'aggiudicatario.