

Partecipazione alla gara e soccorso istruttorio.

di Michela Colapinto

Data di pubblicazione: 27-8-2019

1. Nelle gare di appalto, non può ammettersi il soccorso istruttorio in sede di comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, laddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una sostanziale rimessione in termini.

2. Anche se nelle gare pubbliche di appalto è in generale sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che, per effetto dell'esclusione, egli rimane privo non solo del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; di conseguenza, il consolidamento dell'esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura.

Guida alla lettura

Com'è noto, nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici il soccorso istruttorio è lo strumento che consente di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione, o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali.

La *ratio* dell'istituto è evidentemente quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, conseguentemente ampliando la possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del *favor participationis*.

[Come già chiarito dal Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25 febbraio 2014, n. 10](#), *il termine per la comprova dei requisiti dichiarati in gara deve ritenersi perentorio, giacché è necessario assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente, di modo che il soccorso istruttorio non è azionabile in tale fase.*

L'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 ha riproposto nel nuovo Codice, seppure con una formulazione in parte differente, l'istituto del soccorso istruttorio cosiddetto "rinforzato", introdotto con il comma 2- bis dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 dal d.l. n. 90/2014, confermando dunque la scelta del legislatore di privilegiare l'aspetto sostanziale dell'effettivo

possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara rispetto al dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese.

L'istituto rende possibile la sanatoria degli elementi o dichiarazioni essenziali mancanti o irregolari, purché l'operatore economico da un lato sia in effettivo possesso, entro il termine ultimo di presentazione dell'offerta, dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara e, dall'altro, ottemperi alle richieste di integrazione della stazione appaltante entro il termine fissato da quest'ultima, comunque non superiore ai dieci giorni.

Il soccorso istruttorio riguarda, quindi, solo la sola fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti per l'ammissione alla gara, ma non anche la fase del controllo dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa; in altri termini, il soccorso istruttorio, ivi compreso il soccorso rinforzato, attiene alla fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali e speciali, non anche alla fase della comprova della loro sussistenza; si specifica, poi, che le disposizioni sul c.d. soccorso istruttorio rinforzato si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, da cui consegue che la fase di comprova dei requisiti di idoneità non è affatto contemplata nel perimetro di applicazione del soccorso istruttorio.

Quanto, poi, alla legittimazione all'impugnazione da parte del soggetto legittimamente escluso, la sentenza ribadisce che deve ritenersi inammissibile, per difetto di legittimazione, l'impugnativa dell'impresa che sia stata legittimamente esclusa dalla gara, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; il suo interesse protetto, invero, da qualificare interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo a impugnare gli atti, pur essendo portatore di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara.

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 4820 del 2018, proposto da

Di Pierno Nicola, in proprio e quale capogruppo mandatario del costituendo R.T.P. con arch. Columpsi Giuseppe, ing. Ziccardi Salvatore, ing. Rosiello Leonardo Pio, geom. Rosiello Donato Leonardo, arch. Tricarico Giuseppe, arch. Ziccardi Andrea, geom. Mantovano Vincenzo, ing. Orsitto Gianpaolo, dott. geol. Raspatelli Antonio, ing. Simonelli Paola, ing. Iacovelli Giuseppe, dott. geol. Scirocco Giovanni, dott. geol. Giordano Antonio, dott. agr. Lupo Luigi Raffaele, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Leonardo Deramo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

contro

Comune di Volturara Appula, Asmel Consortile s.c. a r.l., non costituiti in giudizio;

Arevà Ingegneria s.r.l. (già Advenco Ingegneria s.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Sticchi Damiani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

R.T.P. Studio Cotecchia & Associati mandataria, Sit&A s.r.l. mandante, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 00299/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arevà Ingegneria s.r.l. (già Advenco Ingegneria s.r.l.);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2019 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Lazzari per delega di Deramo, e De Luca per delega di Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.P. con capogruppo mandatario l'ing. Nicola Di Pierno ha interposto appello nei confronti della sentenza 8 marzo 2018, n. 299 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, che ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il suo ricorso avverso, tra gli altri, la determinazione del responsabile del Servizio tecnico e ambientale del Comune di Volturara Appula 20 dicembre 2016, n. 330, recante l'aggiudicazione definitiva dei "servizi di ingegneria inerenti i lavori di consolidamento del centro urbano zona al piede di via del Progresso" (lotto n. 1) e la determinazione 18 gennaio 2017, n. 11 di esclusione del secondo e terzo classificato, nonché ha respinto i motivi aggiunti avverso la determinazione 6 marzo 2017, n. 22 confermativa dell'esclusione.

Si tratta della procedura aperta con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa "per l'affidamento dei servizi di ingegneria inerenti i lavori di consolidamento centro urbano zona al piede di via del Progresso e consolidamento del centro urbano zona a valle dell'ex carcere nel Comune di Volturara Appula (FG)", rispettivamente oggetto del primo e del secondo lotto.

Il RTP Di Pierno ha partecipato alla gara relativa ad entrambi i lotti, e, con riguardo al primo lotto, oggetto del presente ricorso, è risultato terzo graduato con 77,331 punti, preceduto da Advenco Ingegneria con 85,725 punti e dal RTP Studio Cotecchia & Associati con 77,526 punti; il servizio è stato aggiudicato alla Advenco Ingegneria s.r.l. Nelle more tra proposta di aggiudicazione ed aggiudicazione il R.U.P. ha richiesto la comprova dei requisiti anche al R.T.P. Di Pierno, terzo graduato.

Con determinazione in data 18 gennaio 2017 il R.U.P. ha escluso dalla gara la seconda e la terza graduata in quanto non avrebbero provato il possesso del requisito di cui alle lett. b) e c) del disciplinare di gara da parte della capogruppo.

Con il ricorso in primo grado il R.T.P. ing. Di Pierno ha contestato sia il provvedimento di aggiudicazione in favore di Arevà Ingegneria s.r.l. (già Advenco Ingegneria s.r.l.), sia la propria esclusione dalla gara, deducendo in particolare, sotto questo profilo, di possedere i requisiti di capacità tecnica e che comunque la verifica di detti requisiti non poteva essere disposta dopo la valutazione dell'offerta tecnica; con i motivi aggiunti ha poi impugnato il provvedimento di conferma dell'esclusione, rafforzata con una più articolata motivazione; nei confronti dell'aggiudicazione ha allegato l'erroneità dei punteggi assegnati nonché l'incongruità dell'offerta economica aggiudicataria.

2. – La sentenza appellata ha respinto il ricorso avverso l'esclusione, con conseguente pronuncia di inammissibilità dell'impugnativa avverso l'aggiudicazione. Ha evidenziato in particolare che il provvedimento di esclusione, adottato all'esito della verifica dei requisiti di capacità economico-finanziari e tecnico-organizzativa, è legittimamente motivato per relationem al verbale n. 165 del 18 gennaio 2017, concernente la verifica dei requisiti, da cui è emerso il mancato possesso, da parte del R.T.P. Di Pierno, dei requisiti minimi di capacità

tecnica richiesti dalla disciplina di gara.

3.- Con il ricorso in appello il R.T.P. Di Pierno ha dedotto l'erroneità della sentenza reiterando, alla stregua di vizi di motivazione della sentenza, i motivi svolti in primo grado.

4. – Si è costituita in resistenza la Arevà Ingegneria s.r.l. (già Advenco Ingegneria s.r.l.) concludendo per la reiezione dell'appello.

5. – All'udienza pubblica del 17 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo dell'appello critica la sentenza che ha respinto le censure avverso l'esclusione per difetto dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali prescritti dal disciplinare di gara (al punto 1.3.3.) in capo al capogruppo del R.T.P. ing. Nicola Di Pierno, allegando che il medesimo aveva i requisiti minimi per partecipare alla gara nel lotto n. 1, e che in ogni caso la carenza documentale era emendabile attraverso la semplice richiesta di chiarimenti, tanto più che la *lex specialis* non richiedeva di dichiarare i servizi resi in R.T.P.

Il motivo è infondato.

Giova muovere dal provvedimento di esclusione, il quale rileva che «per n. 64 servizi presuntivamente svolti dall'ing. Nicola Di Pierno e dichiarati dallo stesso in sede di gara non si fornisce alcuna documentazione probante il possesso del requisito dichiarato in sede di gara mentre per n. 4 servizi risultano dichiarati in sede di gara importi nelle rispettive classi e categorie differenti rispetto a quanto emergerebbe dal certificato di regolare esecuzione rilasciato dai committenti. In particolare si evidenzia che per 3 dei 4 servizi suddetti non è nemmeno possibile stabilire dalla documentazione presentata la percentuale di competenza del servizio svolto dalla stesso nell'ambito del RTP e dunque i corretti importi di lavori progettati e/o diretti nelle rispettive categorie».

Dai certificati versati in atti non si evincono le quote di competenza attribuibili, all'interno di un R.T.P., all'ing. Di Pierno, salvo che nel certificato rilasciato dal Comune di Lucera-IV intervento, in cui è indicato che il contratto di appalto (concernente la progettazione definitiva ed esecutiva delle opere, consulenza e calcoli statici nonché direzione dei lavori) è stato eseguito dall'odierno appellante nella misura del 30 per cento con riguardo all'importo di euro 3.807.984,70 per la categoria S.05.

Nelle altre certificazioni (rese dal Comune di Lucera, ovvero di Apricena) si fa riferimento solamente al fatto che l'attività progettuale è stata redatta da A.T.P., di cui è parte l'ing. Di Pierno, indicandosi gli importi complessivi, riferiti alla categoria S.05 ("strutture"), ovvero alla categoria D.02 ("idraulica").

Ne discende dunque che dalle certificazioni allegate alla dichiarazione di comprova non emerge, di regola, la quota parte di competenza dell'ing. Di Pierno, e non trovano pertanto conferma i dati contenuti nella domanda di partecipazione.

Alcun rilievo assume in questa prospettiva l'invocata disposizione dell'art. 48, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016 che prevede la responsabilità solidale degli operatori raggruppati nei confronti della stazione appaltante, senza peraltro superare la distinzione tra i requisiti di qualificazione e la quota di partecipazione al raggruppamento, ed ancora la quota di esecuzione, attenendo i primi alle caratteristiche soggettive del concorrente; la quota di partecipazione alla responsabilità di componente del raggruppamento; la quota di esecuzione concernendo infine la parte della prestazione che verrà eseguita (con conseguente preclusione alla condivisibilità dell'assunto dell'appellante secondo cui ciascun professionista sarebbe legittimato ad utilizzare il servizio in quota paritaria per attestare l'esperienza maturata).

D'altro canto, non può ammettersi il soccorso istruttorio in sede di comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, laddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una sostanziale rimessione in termini (Cons. Stato, V, 31 gennaio 2017, n. 385).

2. – La reiezione del motivo sulla esclusione dalla procedura del raggruppamento ing. Di Pierno priva di interesse la disamina dei motivi proposti avverso l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Advenco Ingegneria s.r.l.

Infatti, per costante giurisprudenza, anche se nelle gare pubbliche di appalto è in generale sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad ottenere la riedizione della gara stessa, un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che, per effetto dell'esclusione, egli rimane privo non solo del titolo legittimante a partecipare alla gara ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle scansioni procedurali; di conseguenza, il consolidamento dell'esclusione dalla procedura di gara rende inammissibile per difetto di legittimazione l'impugnativa dell'aggiudicazione e, più in generale, di tutti i successivi atti della procedura (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 25 agosto 2016, n. 3688).

2.1.- Solo per completezza di trattazione si esamina il secondo motivo di appello (rubricato sub 3) che, nella prospettiva dell'appellante, potrebbe condurre all'annullamento dell'intera procedura, riguardando l'asserita alterazione della platea dei concorrenti per effetto dell'esclusione di taluni degli stessi successivamente all'aggiudicazione, specie allorchè il parametro di valutazione era quello del confronto a coppie.

Il motivo è infondato.

Ed infatti l'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 (riproducendo la disposizione dell'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006) stabilisce che ogni variazione interveniente, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione od esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

Tale disposizione, espressiva del generale principio della immodificabilità della graduatoria (con conseguente irrilevanza delle sopravvenienze), trova applicazione anche nel caso del c.d. confronto a coppie, ove la graduatoria finale viene stilata attribuendo a ciascun concorrente un

punteggio finale che è pari alla media dei punteggi dallo stesso riportati all'esito dell'insieme dei confronti con gli altri concorrenti ed operando la "normalizzazione" al valore "uno" in relazione al concorrente che abbia riportato il punteggio più alto (in termini Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 847).

3. – Gli ulteriori motivi di appello volti a contestare i punteggi attribuiti alle offerte tecniche (terzo motivo, rubricato sub 4), l'anomalia dell'offerta della Advenco (quarto motivo, rubricato sub 5), come pure le modalità di attribuzione del punteggio a coppie (quinto motivo, erroneamente rubricato sub 5, ma costituente, nella progressione numerica, il sesto) sono inammissibili in ragione dell'accertata legittimità del provvedimento di esclusione del raggruppamento appellante che non legittima la contestazione dell'aggiudicazione, a prescindere dalla tempestività, che va comunque parametrata all'effettiva conoscenza del contenuto del provvedimento.

4. – Alla stregua di quanto esposto, l'appello va respinto.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono 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 respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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