

Il soccorso istruttorio: principi e limiti al suo esercizio

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 17-1-2023

Il solo limite all'esercizio del potere di soccorso istruttorio è rappresentato dalle omissioni e delle carenze dell'offerta che assumono i caratteri della 'irregolarità essenziale', in quanto configurano la carenza di un elemento essenziale dell'offerta e violano, pertanto, la regola della immodificabilità della stessa

L'adito giudice conferma il principio secondo il quale il soccorso istruttorio è un potere di carattere generale che persegue la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare di appalto^[1].

Esso è praticabile non solo nella fase iniziale di partecipazione alla gara, per quanto attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne anche la fase successiva della valutazione delle offerte, in caso di irregolarità, mancanza di dichiarazioni ed elementi dell'offerta con il solo limite che le omissioni e carenze non assumano i caratteri della 'irregolarità essenziale', configurando cioè la carenza di un elemento essenziale dell'offerta e violando, pertanto, la regola della immodificabilità della stessa. Per questo, siffatta limitazione all'esperibilità del soccorso, non rileva nel caso di elementi non essenziali dell'offerta, o che sono previsti a corredo documentale senza partecipare in termini sostanziali alla sua conformazione.

Conseguentemente, è legittimo l'operato della P.A. appaltante che ha accordato il soccorso istruttorio per consentire ad un concorrente di precisare i caratteri della fornitura di punta per parametrarli alle prescrizioni del bando di gara.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 16/01/2023

N. 00081/2023 REG.PROV.COLL.

N. 01486/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1486 del 2022, proposto dalla società Urbania s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Conigliaro ed Emanuele Lo Voi Geraci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberta Cannarozzo Fazzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

- della società Montalbano s.r.l. unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Treppiedi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- e della società Risorse Ambiente Palermo s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 7098 del 1° agosto 2022, nella parte in cui ha assegnato il lotto n. 20 della gara per cui è controversia alla società controinteressata;
- del verbale di gara n. 28 del 25 luglio 2022;
- della determinazione dirigenziale n. 5003 del 17 maggio 2022, nella parte in cui ha dato atto che, con il verbale di gara n. 9 del 17 maggio 2022, la Commissione di gara, tenuto conto del riscontro della controinteressata alla richiesta di soccorso istruttorio, ha ammesso quest'ultima alla successiva fase di gara;
- del citato verbale di gara n. 9 del 17 maggio 2022;
- del verbale di gara n. 8 del 12 maggio 2022, con il quale è stato dato mandato al Servizio contratti di procedere al menzionato soccorso istruttorio;
- di tutti i verbali di gara, ivi compresi quelli attestanti le operazioni di attribuzione dei punteggi tecnici e di verifica dell'offerta dell'aggiudicataria;

- di ogni altro atto presupposto, prodromico e consequenziale a quelli sopra impugnati;

nonché per la condanna

- della stazione appaltante, ex art. 30, c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio alla società ricorrente, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato e, ancora, nell'ipotesi in cui non dovesse pronunciarsi l'inefficacia del contratto, al risarcimento per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Palermo e della società Montalbano s.r.l. unipersonale;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2023 il dott. Fabrizio Giallombardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe la società Urbania s.r.l. ha esposto quanto segue:

- di aver partecipato alla gara per la fornitura di n. 50 isole ecologiche scarrabili informatizzate a n. 8 bocche di carico, bandita dal Comune di Palermo (lotto n. 20);

- che il disciplinare di gara prevedeva, tra i requisiti speciali a pena di esclusione, l'aver effettuato una "*fornitura di punta*";

- che la controinteressata, risultata infine aggiudicataria dell'appalto, ha indicato a tal fine una fornitura relativa a bidoni fissi di compostaggio;

- che la Commissione di gara, all'esito del soccorso istruttorio, ha ritenuto di qualificare tale fornitura in termini di "*fornitura di punta*".

La ricorrente ha contestato gli atti e i provvedimenti *de quibus*, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare e formulando istanza risarcitoria, sulla scorta dei seguenti motivi in diritto:

i. violazione di legge [art. 97, Cost.; art. 83, co. 1, d.lgs. n. 50/2016; art 85, co. 1, lett. b), d.lgs.

n. 50/2016; art. 59, co. 4, lett. b), d.lgs. n. 50/2016; art. 183, d.lgs. n. 152/2006; artt. 10 co. 1 e 10.3.c2 del disciplinare di gara; artt. 1 e 2 del capitolato speciale d'appalto] ed eccesso di potere sotto vari profili. Secondo la ricorrente, la controinteressata non avrebbe dovuto essere ammessa alle fasi successive della gara, in quanto la fornitura da quest'ultima presentata riguarda macchine compostatrici elettromeccaniche, che non sono analoghe a quelle oggetto della gara per cui è controversia;

ii. violazione di legge (artt. 36 e 97, Cost.; art. 83, co. 9, d.lgs. n. 50/2016) ed eccesso di potere sotto ulteriori profili, in quanto:

a. l'Amministrazione resistente ha ritenuto di disporre il soccorso istruttorio in violazione della normativa applicabile al caso di specie;

b. la Commissione non ha motivato in ordine alle ragioni che hanno consentito di superare le iniziali perplessità sulla fornitura di punta della controinteressata;

iii. violazione di legge (art. 95, d.lgs. n. 50/2016; art. 20 del disciplinare di gara; artt. 8 e 9 del capitolato speciale d'appalto) ed eccesso di potere sotto ulteriori profili, contestando in buona sostanza i punteggi attribuiti dalla Commissione per alcune voci (precisamente, le voci A1, A2, A3 e A4), ritenendoli abnormi.

2. Si è costituita la società Montalbano s.r.l. unipersonale, chiedendo il rigetto del ricorso.

3. All'udienza camerale del 21 ottobre 2022, previa rinuncia dell'istanza cautelare della ricorrente, è stato disposto il rinvio della trattazione della causa all'udienza pubblica del 9 gennaio 2023.

4. Si è costituito il Comune di Palermo, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

5. La ricorrente e la controinteressata, in prossimità dell'udienza pubblica, hanno depositato memorie:

- la ricorrente, oltre a insistere sulle proprie pretese, ha quantificato la propria domanda risarcitoria in euro 544.502,69;

- la controinteressata ha, in particolare, sostenuto che la fornitura indicata come "di punta" risponde al requisito dell'analogia.

6. Il Comune di Palermo, il 22 dicembre 2022 e il 2 gennaio 2023, ha prodotto documenti.

7. All'udienza pubblica del 9 gennaio 2023:

- la ricorrente ha eccepito la tardività della produzione documentale del Comune;

- la ricorrente e la controinteressata hanno dato atto che il contratto per cui è controversia non è stato, al momento, stipulato;

- all'esito della discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il presente ricorso verte sull'aggiudicazione della gara in oggetto alla società controinteressata. La fornitura per cui è controversia riguarda n. 50 isole ecologiche scarrabili informatizzate a n. 8 bocche di carico, complete di n. 400 cassonetti da 1.100 litri e sistema hardware e software di gestione dell'isola (lotto n. 20).

2. Va, anzitutto, accolta l'eccezione della ricorrente sulla tardività della produzione documentale del Comune.

Al 22 dicembre 2022 (e, a maggior ragione, al 2 gennaio 2023) erano, infatti, ampiamente spirati i termini perentori per la produzione di documenti in giudizio, previsti dal combinato disposto degli artt. 73, co. 1, e 119, co. 2, c.p.a..

3. Ciò posto, possono analizzarsi congiuntamente i primi due motivi di ricorso, inerenti alla possibilità, per l'Amministrazione, di ricorrere al soccorso istruttorio nel caso di specie e, quindi, al concreto svolgimento di tale attività con specifico riguardo alle valutazioni svolte dalla Commissione di gara in merito alla fornitura di punta indicata dalla controinteressata.

3.1. Va, anzitutto, chiarito che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente con il secondo motivo di ricorso (sub a), nel caso di specie non vi sono dubbi in ordine all'esperibilità, nei confronti della controinteressata, del soccorso istruttorio.

Ancora di recente la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che "*Il soccorso istruttorio è un potere di carattere generale e persegue la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare di appalto; è praticabile non solo nella fase iniziale di partecipazione alla gara, per quanto attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne anche la fase successiva della valutazione delle offerte, in caso di irregolarità, mancanza di dichiarazioni ed elementi dell'offerta con il solo limite che le omissioni e carenze non assumano i caratteri della 'irregolarità essenziale', configurando cioè la carenza di un elemento essenziale dell'offerta e violando, pertanto, la regola della immodificabilità della stessa (Consiglio di Stato sez. V, 07/08/2017, n. 3913 e 21/04/2016, n. 1597)" (Cons. Stato, III, 11 agosto 2021, n. 5850; cfr. anche, inter multis, Id., III, 21 marzo 2022, n. 2003; V, 26 marzo 2020, n. 2130; 4 aprile 2019, n. 2219). Per questo, siffatta limitazione all'esperibilità del soccorso non rileva nel caso di elementi non essenziali dell'offerta, o che sono previsti a corredo documentale senza partecipare in termini sostanziali alla sua conformazione (cfr. Cons. Stato, n. 5850 del 2021, cit.; V, 27 marzo 2020, n. 2146; cfr. anche Id., V, 6 maggio 2021, n. 3639; per l'affermazione del principio, cfr. Id., n. 2219 del 2019, cit.)" ((Cons. St., sez. V, 2 agosto 2022, n. 6786).*

Nel caso di specie, l'Amministrazione ha chiesto alla controinteressata di precisare i caratteri della fornitura di punta per parametrarli alle prescrizioni del bando di gara: alla luce dei suesposti principi, non può allora censurarsi l'uso fatto dal Comune resistente dell'istituto in esame.

3.2. Chiarita l'esperibilità del soccorso istruttorio nell'odierna fattispecie, può passarsi al merito della questione.

Al riguardo, vanno dichiarate fondate le censure di parte ricorrente inerenti al fatto che la fornitura presentata dalla controinteressata come "*fornitura di punta*" non avesse i requisiti per essere considerata come tale (primo motivo di ricorso) e che, in ogni caso, l'Amministrazione comunale non ha motivato per quale ragione, all'esito dei chiarimenti resi dalla controinteressata, abbia ritenuto superate le perplessità che avevano originato il soccorso istruttorio (secondo motivo di ricorso, sub *b*).

Quanto agli aspetti sostanziali della fornitura di punta, si consideri quanto segue.

Il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto hanno chiarito in più punti che la fornitura in questione riguarda n. 50 isole ecologiche scarrabili informatizzate bilato per il conferimento di n. 8 tipologie di rifiuti, elettricamente autonome (alimentate da pannelli solari) e video-controllate.

Secondo l'art. 2 del capitolato speciale d'appalto, scopo della fornitura è quello di incrementare la raccolta differenziata presso i mercati cittadini itineranti (mercatini rionali); inoltre, le isole ecologiche devono essere di facile allestimento e devono consentire agli esercenti il deposito di vari rifiuti recuperabili quali organico, plastica/metalli, vetro e carta e cartone. La vista disposizione precisa, ancora, che "*Avendo a disposizione n. 8 tipologie di rifiuti possibili (n. 8 bocche di conferimento, 4 per lato lungo), si potranno utilizzare le bocche di conferimento rimanenti, rispetto alle tipologie di rifiuti prima elencate, prevedendo n. 2 bocche di carico (e quindi 2 cassonetti) per alcune di esse a maggiore produzione (ad esempio per la plastica/metalli ed altre frazioni a scelta)*".

In tale quadro, l'art. 10 del disciplinare di gara prevede espressamente taluni requisiti a pena di esclusione tra i quali, per quanto qui rileva, la c.d. "*fornitura di punta*" svolta negli ultimi tre anni (art. 10.3, punto c2).

Tale fornitura di punta, per espressa previsione della *lex specialis*, deve anzitutto avere "*tutte le caratteristiche sopra richieste per l'elenco delle forniture analoghe*"; nozione, quest'ultima, rinvenibile nell'art. 10.3.c1) del disciplinare di gara: "*Per forniture analoghe ai fini del presente requisito si intendono forniture erogate nell'ambito di uno o più contratti ciascuno dei quali comprenda nei rispettivi oggetti le attività di fornitura di "isole ecologiche informatizzate scarrabili complete di cassonetti interni e software+hardware di gestione"*".

L'Amministrazione resistente si è quindi auto-vincolata rispetto a una precisa nozione di "*fornitura analoga*", che non può essere oggetto di modifiche o ripensamenti in corso di gara.

Non è, allora, un caso che lo stesso disciplinare di gara, sempre in materia di fornitura di punta, ha precisato che gli operatori economici devono "*indicare nel DGUE (e/o nel Mod. 1), importi, periodi di esecuzione, CPV e la precisa e dettagliata descrizione dell'oggetto e dei contenuti delle forniture rese e dei committenti (pubblici o privati), in modo da consentire al*

Seggio di gara di desumere con chiarezza e senza possibilità di equivoci la presenza delle caratteristiche richieste dalla stazione appaltante ai fini del soddisfacimento dei requisiti" (art. 10.3.c2 del disciplinare di gara).

In tale quadro, la fornitura di punta indicata dalla controinteressata si è dimostrata sin da subito di dubbia riconducibilità alla nozione sopra meglio esplicitata; tanto che – come si è visto – la Commissione di gara ha ritenuto opportuno spiegare una richiesta di chiarimenti (cfr. verbale n. 8), il cui riscontro è stato in seguito ritenuto sufficiente (cfr. verbale n. 9).

Tale conclusione, tuttavia, non è conforme alla superiore nozione di fornitura di punta: com'è possibile leggere dal riscontro della controinteressata, quest'ultima ha dato atto di aver partecipato vittoriosamente a una gara d'appalto bandita dalla Regione Campania per la fornitura di compostiere di comunità e di moduli prefabbricati in legno di varie dimensioni per il loro alloggiamento. La controinteressata ha, in particolare, sostenuto che l'anzidetta fornitura sarebbe rispettosa del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del codice degli appalti, richiamando, a supporto di quanto detto, le definizioni di "isola ecologica" reperibili sul dizionario Treccani e su Wikipedia (tali definizioni fanno, peraltro, riferimento alla nozione di "raccolta differenziata" che, come si avrà modo di vedere, riguarda una distinta fase della gestione del ciclo di rifiuti rispetto al "trattamento" dei rifiuti operato dalle compostiere della fornitura menzionata).

La fornitura di punta in questione non può, tuttavia, definirsi "analoga" nei termini specificati dal disciplinare di gara: essa, come si è visto, riguarda la sola trasformazione dell'organico e non la raccolta differenziata di una pluralità di rifiuti; tale caratteristica la distanzia notevolmente dalla finalità della fornitura, come definita dal visto art. 2 del capitolato speciale d'appalto, il quale ha dato atto della necessità, per il Comune di Palermo, di procurarsi isole ecologiche per la raccolta di diverse tipologie di rifiuti nel particolare contesto dei mercati rionali.

Né può condividersi l'affermazione, sviluppata dalla controinteressata nella sua ultima memoria, secondo la quale la compostiera in questione potrebbe essere modificata per consentire il conferimento di ogni altra frazione di raccolta differenziata.

L'astratta modificabilità della compostiera *de qua* (rimasta peraltro indimostrata nel presente giudizio) non può mutare il fatto che la fornitura realizzata per la Regione Campania sia stata di mere compostiere, e non di isole ecologiche destinate alla raccolta differenziata e dotate di cassonetti interni.

Com'è noto, il principio di equivalenza "*non può essere invocato per ammettere offerte che, sul piano oggettivo, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, previste nel capitolato di appalto (cfr. Cons. Stato, III, 28 settembre 2018, n. 5568), poiché il richiamo al principio di equivalenza in un siffatto caso avrebbe "l'effetto di distorcere l'oggetto del contratto, al punto da consentire ai partecipanti di offrire un bene radicalmente diverso rispetto a quello descritto nella lex specialis, così finendo per rendere sostanzialmente indeterminato l'oggetto dell'appalto e per modificarne surrettiziamente i contenuti in danno della stessa stazione appaltante e dei concorrenti che abbiano puntualmente osservato la disciplina di gara"* (così

Cons. Stato, V, n. 5258/19 cit., ribadita da Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225) (Cons. St., sez. V, 20 giugno 2022, n. 5034).

Non può, allora, condividersi il richiamo al principio di equivalenza operato dalla controinteressata in sede di soccorso istruttorio: dagli atti di causa risulta, infatti, che la Montalbano s.r.l. unipersonale ha dichiarato equivalente una fornitura di un bene che – come si è visto – è del tutto differente da quello oggetto della nozione di “*fornitura di punta*” (analoga).

Né può estendersi, nella presente fattispecie, la nozione di equivalenza sino a ricomprendervi forniture che riguardino in senso lato il settore dei rifiuti: a tacer d’altro, ove così fosse stato, non solo non avrebbe avuto motivo d’essere la precisa nozione di “*fornitura analoga*” riscontrabile nella *lex specialis*, ma ne risulterebbe svilito lo stesso principio di equivalenza, la cui vista lettura in termini sostanzialistici non consente, comunque, di spingersi sino al punto di confondere una compostiera con un’isola ecologica per la raccolta differenziata, ritenendo pertanto equivalenti due beni ontologicamente differenti e destinati, come osservato nella perizia prodotta dal ricorrente, a due distinte fasi della gestione dei rifiuti, definita dall’art. 183, lett. n), d.lgs. n. 152/2006.

Infatti, mentre l’appalto per cui è controversia riguarda “*container attrezzati per la raccolta differenziata*” (cfr. art. 6 del disciplinare di gara) e, va quindi ricondotto a tale specifica fase del ciclo di gestione dei rifiuti che, secondo l’art. 183, lett. p), d.lgs. n. 152/2006, riguarda “*la raccolta in cui un flusso di rifiuti è tenuto separato in base al tipo ed alla natura dei rifiuti al fine di facilitarne il trattamento specifico*”; le compostiere della controinteressata afferiscono alla diversa fase del “*trattamento*” dei rifiuti, come del resto risulta dal riscontro al soccorso istruttorio: la nozione di trattamento è rinvenibile nell’art. 183, lett. s), d.lgs. n. 152/2006, e riguarda le “*operazioni di recupero o [di] smaltimento, inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento*”.

Ancora, se è vero che, ove l’Amministrazione abbia espresso un giudizio di equivalenza, il sindacato giurisdizionale non può che “*attestarsi su riscontrati (e prima ancora dimostrati) vizi di manifesta erroneità o di evidente illogicità del giudizio stesso*” (C.G.A.R.S., sez. giurisd., 20 luglio 2020, n. 634), è anche vero che nel caso di specie l’Amministrazione:

- non solo non ha espresso alcun giudizio di equivalenza (che, come si è visto, è stato piuttosto invocato dalla controinteressata nell’ambito del soccorso istruttorio);

- ma non ha nemmeno motivato sul perché il riscontro della controinteressata sia stato tale da superare le perplessità che avevano determinato l’originario ricorso all’istituto del soccorso istruttorio (punto, questo, sollevato espressamente dalla ricorrente con il secondo motivo di ricorso sub *b*), avuto particolare riguardo: *a.* a una nozione di “*fornitura analoga*” chiaramente indicata nel disciplinare di gara; *b.* e al fatto che la fornitura della controinteressata riguardi una ben distinta fase del ciclo di gestione dei rifiuti.

Ne discende che, anche a voler ricondurre la laconica motivazione presente nel verbale n. 9 della Commissione a una (non motivata) affermazione di equivalenza tra la fornitura indicata

dalla controinteressata e le prescrizioni del disciplinare di gara, detta valutazione non potrebbe che qualificarsi come manifestamente erronea: per le ragioni suesposte non è, infatti, ragionevole ritenere le compostiere in questione “*equivalenti*” alle isole ecologiche di cui al bando di gara.

4. La fondatezza, nei termini sopra meglio specificati, dei primi due motivi di ricorso consente di assorbire il terzo motivo, che presuppone la correttezza dell’ammissione della controinteressata alle successive fasi di gara.

Quanto alla domanda risarcitoria, questa non può trovare accoglimento, tenuto conto del carattere pienamente satisfattivo della presente pronuncia e della circostanza, incontestata, che il contratto oggetto della fornitura per cui è controversia non è stato, ancora, stipulato.

5. Stante quanto precede, il ricorso, nella parte in cui ha ad oggetto la domanda di annullamento, è fondato e va accolto nei termini sopra meglio specificati; per l’effetto, vanno annullati i provvedimenti impugnati nella parte in cui è stata dapprima ammessa e, quindi, dichiarata aggiudicataria della fornitura in questione l’odierna controinteressata. Va rigettata la domanda di risarcimento del danno.

In punto di spese di lite:

- vanno condannate in solido la resistente e la controinteressata costituita alla loro corresponsione in favore di parte ricorrente, in ossequio al generale principio della soccombenza, come da dispositivo;

- sono invece irripetibili le spese nei confronti della parte non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie; annulla, per l’effetto, gli atti impugnati nei termini di cui in motivazione. Rigetta la domanda di risarcimento del danno.

Condanna l’Amministrazione resistente e la società Montalbano s.r.l. unipersonale alla rifusione delle spese di lite con vincolo di solidarietà, che liquida in favore della parte ricorrente in euro 5.000,00 (euro cinquemila/00), oltre accessori di legge, se ed in quanto dovuti.

Spese irripetibili nei confronti della parte non costituita.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Fabrizio Giallombardo, Referendario, Estensore

[\[1\]](#) Cons. Stato, Sez. V, 2 agosto 2022, n. 6786; Id., Sez. III, 21 marzo 2022, n. 2003; Id., 11 agosto 2021, n. 5850; Id., Sez. V, 27 marzo 2020, n. 2146; Id., 4 aprile 2019, n. 2219.