

Il soccorso istruttorio processuale.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 19-12-2023

Il perimetro applicativo del cd. soccorso istruttorio processuale - di natura pretoria - corrisponde a quello che caratterizza il "soccorso istruttorio" nella sua tipica forma procedimentale, disciplinata dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 (n.d.r. oggi art. 101 d.lgs. 36/2023).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale che ammette il "soccorso istruttorio processuale", il giudizio può rappresentare la sede per il compimento di quelle verifiche, funzionali all'accertamento della sussistenza del requisito di partecipazione non dichiarato dal concorrente, illegittimamente omesse dalla stazione appaltante, previo invito all'impresa ad integrare/regolarizzare le dichiarazioni carenti/incomplete/irregolari, in ossequio ad elementari principi di economicità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale.

N. 10166/2023REG.PROV.COLL.

N. 06933/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6933 del 2023, proposto dall'Associazione Val Calore O.D.V. (già Associazione Volontaria di Pubblica Assistenza Val Calore), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 89398738BE, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Giuseppe Feola, con domicilio eletto presso lo studio A. Placidi S.r.l. in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

l'Asl Salerno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valerio Casilli ed Emma Tortora, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

dell'Associazione di Volontariato dei Quattro Comuni Soccorso Sociale Onlus di Piaggine e dell'Associazione Gi.Vi. Giovani Vincenti, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Paolo De Caterini e Ferdinando Belmonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Paolo De Caterini in Roma, via Giovanni Da Procida, n. 7;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, n. 1653/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Asl Salerno, dell'Associazione di Volontariato dei Quattro Comuni Soccorso Sociale Onlus di Piaggine e dell'Associazione Gi.Vi. Giovani Vincenti;

Visto il ricorso incidentale proposto dall'Associazione di Volontariato dei Quattro Comuni e dall'Associazione Gi.Vi. Giovani Vincenti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2023 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Visto l'art. 120 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'Associazione "Val Calore O.D.V." ha impugnato dinanzi al T.A.R. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, il provvedimento (deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Salerno n. 1433 del 15 dicembre 2022) di aggiudicazione, relativamente al lotto n. 11 "Santa

Maria di Castellabate – Bellosguardo – Roccadaspide – Piaggine” (l'unico in relazione al quale l'Associazione ricorrente aveva concorso), a favore della A.T.S. Associazione di Volontariato dei “Quattro Comuni” Soccorso Sociale Onlus di Piaggine – Associazione Gi.Vi. Giovani Vincenti della procedura di gara per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di “*Trasporto sanitario di Emergenza Urgenza 118*”, indetta dall'ASL di Salerno, nonché i relativi atti presupposti, altresì formulando le domande di declaratoria della inefficacia del contratto eventualmente stipulato, di subentro nello stesso e di risarcimento del danno.

2. Con il predetto ricorso l'Associazione ricorrente, classificatasi al secondo posto della graduatoria conclusiva con un punteggio complessivo di 77,80 punti, e preceduta dall'Associazione Temporanea di Scopo aggiudicataria, che aveva conseguito complessivi 80 punti, deduceva, ai fini escludenti della controinteressata:

- la violazione del par. 11, commi 1, n. 1 e 3, n. 6, del “*Disciplinare delle operazioni della procedura comparativa*” nonché dell'art. 93, comma 8, d.lvo n. 50/2016, in quanto l'offerta della aggiudicataria non era corredata dal prescritto impegno a rilasciare “*la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario*”: invero, nella polizza-garanzia provvisoria n. 111410766, rilasciata dall'Istituto assicurativo Groupama, in corrispondenza della dicitura “*impegno al rilascio (barrare la scelta): - della garanzia di cui all'art. 103, comma 1, del Codice ovvero, laddove previsto ai sensi dell'art. 104, comma 1, del Codice; - della garanzia per la risoluzione e della garanzia di buon andamento di cui all'art. 104, comma 1, del Codice*”, risultava barrata la casella “NO”, né dalla documentazione amministrativa prodotta in gara dalla medesima aggiudicataria risultava prodotto l'impegno a rilasciare la garanzia definitiva da parte di altro Istituto;

- che nella “*dichiarazione di partecipazione*” le controinteressate avevano falsamente dichiarato di aver presentato “*l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva in caso risultasse aggiudicatario, allegando gli appositi documenti a Sistema nel campo all'uopo predisposto*”;

- la violazione del par. 11, comma 3, n. 2 del medesimo Disciplinare, laddove prevedeva, al pari dell'art. 93, comma 1, d.lvo n. 50/2016, che la garanzia provvisoria dovesse “*essere intestata a tutti gli operatori economici del costituito/constituendo raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario o GEIE, ovvero a tutte le imprese retiste che partecipano alla gara ovvero, in caso di consorzi di cui all'art. 45, comma 2, lett. b) e c), del Codice, al solo consorzio*”, laddove la predetta polizza fideiussoria n. 111410766, rilasciata da Groupama, non risultava intestata ad entrambe le Associazioni riunite in A.T.S., ma esclusivamente alla mandante Associazione Gi.Vi. Giovani Vincenti;

- l'illegittima ammissione della aggiudicataria al soccorso istruttorio, a seguito del quale essa aveva integrato la ridetta polizza fideiussoria n. 111410766 mediante una “*Appendice*”, nella quale si specificava che la stessa era stata rilasciata in favore di “*Associazione GI.VI. Giovani Vincenti (Capogruppo)/Associazione di Volontariato dei Quattro Comuni Soccorso Sociale Onlus di Piaggine (Mandante)*”, anche in ragione del contrasto del par. 11, comma 9, del

Disciplinare, laddove prevedeva la possibilità della sanatoria, mediante soccorso istruttorio, della cauzione provvisoria intestata *“solo ad alcuni partecipanti al RTI”*, con l'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016;

- l'irregolarità della predetta *“Appendice”* alla polizza fideiussoria presentata dalla aggiudicataria, in quanto, in contrasto con tutti gli altri documenti costituenti l'offerta da essa presentata, indicava l'Associazione GI.VI. Giovani Vincenti quale *“Capogruppo”*.

3. Le ragioni dell'impugnativa, a seguito dell'ostensione alla ricorrente dell'offerta tecnica della controinteressata, venivano estese, con motivi aggiunti, alle modalità di attribuzione del punteggio tecnico a favore della seconda, lamentando la ricorrente che:

- in relazione al criterio di valutazione n. 2 di cui all'art. 15 dell'*“Avviso di selezione”*, riguardante la *“Valutazione delle risorse materiali della sede associativa dell'Associazione”*, il quale prevedeva l'assegnazione di n. *“2 punti per ognuno dei seguenti spazi nello stesso stabile (in possesso almeno dell'Associazione capofila in caso di ATS): - Presenza di autorimessa per ambulanze; - Presenza di locali dedicati all'aggregazione del personale con esclusione di quelli per il personale in servizio attivo; - Aule dedicate alla formazione; - Ufficio dedicato all'attività amministrativa ed accesso regolamentato (normativa sulla privacy); - Spazio dedicato allo stoccaggio del materiale di consumo”*, fino ad un massimo di n. 10 punti, sebbene l'A.T.S. aggiudicataria, nella propria *“relazione tecnica”* illustrativa dei criteri di cui all'art. 15 dell'*“Avviso di selezione”*, con riferimento al ridetto criterio n. 2, avesse dichiarato la disponibilità di 4 *“spazi”* (- una *“autorimessa”*; - *“aule e spazi dedicati alla formazione del personale”*; - *“l'ufficio amministrativo dell'associazione”*; - *“uno spazio utilizzato per la catalogazione ed inventario del materiale sanitario”*), la stessa aveva conseguito n. 10 punti in luogo degli 8 spettanti;

- in relazione al criterio n. 8 di cui all'art. 15 dell'*“Avviso di selezione”*, riguardante gli *“Strumenti di monitoraggio e di controllo nella gestione di mezzi e personale”*, il quale prevedeva l'assegnazione di 0,5 punti per ogni *“sistema adottato”* di *“controllo degli accessi del personale, di controllo dei mezzi (telecontrollo), sistemi gestionali”*, fino ad un massimo di n. 2 punti, sebbene l'A.T.S. controinteressata, nella propria *“relazione tecnica”*, con riferimento a tale criterio n. 8 avesse indicato, quale esclusivo ed unico *“sistema”* di monitoraggio e controllo, il *“sistema junior web”*, con la conseguente spettanza di 0,5 punti, alla stessa era stato illegittimamente attribuito il punteggio di 1, di cui 0,5 punti per *“sistema accessi junior web”* e 0,5 punti per *“registro presenze”*, nonostante di un *“registro presenze”*, con riferimento al criterio n. 8, non si facesse cenno alcuno nella *“relazione tecnica”* da quella presentata;

- sempre in relazione al criterio n. 2, gli spazi per *“autorimessa”*, per *“aule dedicate alla formazione”*, per *“ufficio amministrativo dell'associazione”* e per *“la catalogazione ed inventario del materiale sanitario”* indicati dalla aggiudicataria erano localizzati in edifici diversi, siti in Comuni diversi, come era evincibile dagli allegati nn. 17 e 18 della *“relazione tecnica”*, con la conseguenza che alla stessa spettavano solo i 2 punti per la *“autorimessa per ambulanze”* (localizzata in Piaggine in via Provinciale per Cervati n. 29), ovvero al più, ma senza possibilità di cumulo con i primi, i 6 punti (2 per *“aule dedicate alla formazione”*, 2 per *“ufficio amministrativo dell'associazione”* e 2 per *“spazio utilizzato per la catalogazione ed inventario*

del materiale sanitario”) per gli spazi allocati nello stesso stabile in Battipaglia alla via SS. 18 Tirrena Inferiore.

Per effetto dell'accoglimento delle censure suindicate, concludeva la ricorrente, la A.T.S. controinteressata si sarebbe collocata alle sue spalle nella graduatoria conclusiva della gara.

4. L'Associazione di Volontariato dei “Quattro Comuni” Soccorso Sociale ONLUS di Piaggine, costituitasi in giudizio in proprio e nella qualità di mandataria della A.T.S. costituenda con la mandante Associazione Gi.Vi. Giovani Vincenti, proponeva insieme a quest'ultima ricorso incidentale con il quale oltre a dedurre, ai fini escludenti della ricorrente principale, la carenza negli automezzi da essa indicati per le postazioni di Piaggine e Santa Maria di Castellabate dei requisiti tecnici previsti dalla disciplina di gara, contestava, in conseguenza della dedotta difformità, il punteggio alla stessa attribuito in relazione al criterio n. 11 di cui al par. 15 del Capitolato speciale.

5. Mediante i motivi aggiunti, proposti a seguito dell'acquisizione (in esecuzione dell'ordinanza del T.A.R. n. 729/2023) dell'offerta tecnica della ricorrente principale, quella incidentale lamentava l'illegittima attribuzione alla prima di n. 10 punti, in luogo degli spettanti n. 2 punti, in relazione al criterio di valutazione n. 2.

6. Il T.A.R. adito ha definito il giudizio con la sentenza n. 1653 dell'11 luglio 2023, respingendo il ricorso principale ed i relativi motivi aggiunti e conseguentemente dichiarando l'improcedibilità di quello incidentale e dei relativi motivi aggiunti.

In particolare, quanto alla censura della ricorrente principale volta a lamentare che la polizza fideiussoria n. 111410766 risultava intestata alla sola Associazione mandante, ha rilevato il giudice di primo grado che *“la garanzia provvisoria prodotta dalle controinteressate, oggetto della contestazione, risulta intestata sia alla mandante sia alla mandataria della costituenda associazione temporanea di scopo costituita dalle stesse”,* aggiungendo che *“la predetta garanzia individua in maniera esatta sia la procedura di gara (anche con riferimento al lotto in questione) nell'ambito della quale è destinata a dispiegare i suoi effetti sia la mandante della predetta ATS, con la conseguenza che risulta irrilevante la non corretta denominazione della mandataria della medesima ATS riportata dalla garanzia (“Soccorso sociale” anziché “Associazione di volontariato dei Quattro Comuni Soccorso Sociale ONLUS di Piaggine”); le indicazioni contenute nell'ambito della polizza fideiussoria consentono infatti di determinare in maniera univoca la procedura di gara e i soggetti garantiti e di escludere quindi che la garanzia possa dirsi riferita alla sola mandante”.*

Sul punto, il T.A.R. ha altresì evidenziato che *“il soccorso istruttorio attivato, con particolare scrupolo, dall'Amministrazione ha consentito di precisare l'intestazione della garanzia mediante la produzione di una appendice numericamente riferita alla predetta polizza e riportante la denominazione completa ed esatta di entrambe le associazioni. Non assume rilevanza il fatto che la predetta appendice riporta in maniera non corretta i ruoli rivestiti dalle controinteressate nell'ambito dell'associazione temporanea di scopo, in quanto la garanzia così costituita copre gli eventi di cui all'art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 riferiti ad entrambe le associazioni componenti il soggetto associativo (peraltro non ancora costituito)*

indipendentemente dal ruolo rivestito nell'ambito dello stesso. Tali profili, esclusivamente formali, non recano alcun vulnus alla garanzia offerta all'Amministrazione e non si traducono pertanto in una violazione delle disposizioni generali e speciali indicate dalla ricorrente, ancor più ove si consideri che è stato altresì prodotta copia della predetta polizza sottoscritta da entrambi i legali rappresentanti delle associazioni in questione. Allo stesso modo non può dirsi che il par. 11, comma 9, del disciplinare di gara sia in contrasto con la disciplina recata dall'art. 83, comma 9 del d.lgs 50/2016. La citata disposizione della lex specialis della procedura consente di sanare non la mancata produzione di una garanzia provvisoria ma, in relazione a una garanzia provvisoria comunque prodotta in gara, di rimediare a carenze o irregolarità della stessa, come consentito dalla giurisprudenza (cfr. TAR Campania – Napoli, Sez. II, 11 gennaio 2021, n. 183)".

Quanto alla censura diretta a lamentare che la polizza prodotta dalla aggiudicataria non recava l'impegno del fideiussore al rilascio della garanzia definitiva di cui all'art. 103 d.lvo n. 50/2016, ha osservato il T.A.R. in chiave reiettiva che, sebbene il par. 11, comma 1, n. 1, del Disciplinare di gara, nel richiamare l'art. 93, comma 8, d.lvo n. 50/2016, non riproducesse la facoltà (prevista dal secondo periodo di tale disposizione) per le microimprese, le piccole e le medie imprese oltre che per le forme associative di partecipazione costituite esclusivamente da queste di non produrre il citato impegno, una interpretazione ragionevole del disciplinare di gara induceva a ritenere applicabile alla procedura de qua anche il secondo periodo dell'art. 93, comma 8, del d.lvo n. 50/2016, anche considerando che la disciplina di cui al medesimo testo normativo era applicabile alla procedura di gara *de qua* solo in virtù di un auto-vincolo posto dalla medesima Amministrazione.

Quanto ai profili strettamente applicativi della disposizione citata, il T.A.R. ha fatto leva sul "soccorso istruttorio processuale", ritenendo che, nell'ipotesi di mancata attivazione da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio "ordinario", doveva essere consentito all'impresa di emendare la documentazione incompleta o irregolare mediante la dimostrazione in giudizio del possesso del requisito non dichiarato, alle medesime condizioni poste dall'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016: ha quindi evidenziato il T.A.R. che qualora l'Amministrazione avesse attivato il soccorso istruttorio rappresentando alle controinteressate la mancata produzione dell'impegno del fideiussore alla prestazione della garanzia definitiva, le stesse avrebbero potuto rappresentare l'errore commesso nell'ambito DGUE e la propria qualità di operatore di minori dimensioni, al fine di beneficiare dell'esonero dalla produzione del citato impegno previsto dalla legge.

Quanto invece alla predicata falsità della dichiarazione relativa alla presentazione del citato impegno, il T.A.R. l'ha esclusa ritenendo che fosse configurabile un mero errore nella compilazione del documento, facilmente rilevabile da parte dell'Amministrazione mediante il semplice esame della documentazione prodotta.

Quanto al motivo aggiunto relativo al criterio di valutazione n. 8, il T.A.R. ha osservato che dalla descrizione del sistema informatico utilizzato emergevano caratteristiche non solo di sistema gestionale, ma anche di sistema di controllo degli accessi del personale (mediante installazione di specifici rilevatori), con la conseguenza che la Commissione giudicatrice aveva correttamente attribuito in relazione ad esso un punto alle controinteressate.

Il T.A.R. ha invece dichiarato l'inammissibilità del motivo aggiunto inteso a contestare l'applicazione del criterio n. 2, sul rilievo che, sebbene le controinteressate non disponessero di specifico locale dedicato all'aggregazione del personale non in servizio, la stessa carenza concerneva la ricorrente principale, dovendo farsi quindi applicazione del divieto di abuso del processo, aggiungendo che la fondatezza della censura con riferimento sia alla ricorrente principale sia alla ricorrente incidentale avrebbe comportato la sottrazione di 2 punti ad entrambe, lasciando inalterate le relative posizioni.

Il T.A.R. ha infine dichiarato in parte infondato e in parte inammissibile l'ultimo motivo aggiunto.

Dopo aver chiarito che gli allegati nn. 17 e 18 erano specificamente ed esclusivamente riferiti al locale destinato ad autorimessa, il giudice di primo grado ha da un lato ritenuto, con riferimento agli spazi diversi dall'autorimessa, che gli stessi fossero presenti nel medesimo contesto, con la conseguente infondatezza della censura, dall'altro lato, ha rilevato che, anche a voler sottrarre alle controinteressate n. 2 punti in quanto l'autorimessa di cui avevano la disponibilità non era collocata nello stesso stabile in cui erano collocati gli uffici (sebbene tuttavia a breve distanza dagli stessi), la censura risultava inammissibile in quanto la conseguente sottrazione di punteggio non avrebbe consentito di modificare la posizione in graduatoria dell'Associazione ricorrente.

7. La sentenza costituisce oggetto dell'appello proposto, con il ricorso in esame, dall'originaria ricorrente principale.

Questa contesta in primo luogo l'esito reiettivo che ha interessato la censura con la quale lamentava dinanzi al T.A.R. la carenza nella documentazione della aggiudicataria dell'impegno - dell'istituto emittente la garanzia provvisoria o di altro - alla produzione della garanzia definitiva.

Sostiene la parte appellante che la tesi interpretativa sulla base della quale il T.A.R. è pervenuto alla reiezione della censura suindicata, secondo la quale le controinteressate, in quanto riconducibili alla categoria delle *"microimprese, piccole e medie imprese"*, godrebbero dell'esenzione di cui all'art. 93, comma 8, secondo periodo d.lvo n. 50/2016, non trova appiglio nel disposto del par. 11, comma 1, del Disciplinare, il quale non si limita al mero richiamo della citata disposizione legislativa, ma sancisce l'obbligo incondizionato dei concorrenti di allegare all'offerta la dichiarazione di impegno, da parte di un istituto bancario o assicurativo a tanto abilitato (*"anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria"*), *"a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva ai sensi dell'art. 93, comma 8, del Codice, qualora il concorrente risulti affidatario"*.

Al suddetto argomento di carattere letterale la parte appellante aggiunge quello, di ordine logico, secondo cui, qualora la *lex specialis* avesse inteso assimilare le Associazioni di Volontariato - le uniche abilitate a partecipare alla procedura *de qua* - alle imprese beneficiarie dell'esenzione, l'obbligo di produzione dell'impegno a rilasciare la garanzia definitiva non sarebbe stato proprio previsto.

Quanto poi al fatto che la procedura di gara in questione non è soggetta *ex lege* alla disciplina dettata dal d.lvo n. 50/2016, la parte appellante desume da tale esclusione che, al fine di ritenere applicabile la previsione di favore di cui all'art. 93, comma 8, del medesimo testo legislativo, sarebbe stato necessario un espresso richiamo alla stessa da parte della *lex specialis*.

Anche il rinvio operato dal par. 11, comma 5, del Disciplinare alla riduzione dell'importo della garanzia provvisoria per le *"microimprese, piccole e medie imprese"*, ai sensi dell'art. 93, comma 7, d.lvo n. 50/2016, non potrebbe essere inteso, deduce la parte appellante a confutazione di quanto diversamente ritenuto dal T.A.R., come atto ad avvalorare l'assunto dell'applicazione alla fattispecie in esame dell'art. 93, comma 8, secondo periodo del medesimo d.lvo, in quanto dal fatto che la procedura di gara non è soggetta *ex lege* alla disciplina codicistica discenderebbe che questa è applicabile solo nella misura in cui le relative disposizioni siano espressamente richiamate e riprodotte nel loro contenuto normativo.

Un ulteriore elemento interpretativo allegato dalla appellante a sostegno delle sue deduzioni fa perno sul disposto del par. 11, comma 3, del Disciplinare, erroneamente trascurato dal T.A.R., il quale, senza alcun richiamo legislativo ed in termini incondizionati, prevedeva che la cauzione provvisoria dovesse *"6) contenere l'impegno a rilasciare la garanzia definitiva"*.

Nella stessa direzione interpretativa milita, ad avviso della parte appellante, il comma 7 del par. 11 del Disciplinare, secondo cui *"è sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata presentazione della garanzia provvisoria e/o dell'impegno a rilasciare garanzia fideiussoria definitiva solo a condizione che siano stati già costituiti prima della presentazione dell'offerta"*, a conferma della incondizionata obbligatorietà dell'impegno medesimo.

Quanto alla riconducibilità delle Associazioni di Volontariato alle *"microimprese, piccole e medie imprese"*, che la sentenza appellata desume dalla Raccomandazione n. 203/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003, deduce la parte appellante che dall'art. 33, comma 2, d.lvo n. 117/2017, secondo cui le Associazioni di Volontariato *"possono ricevere soltanto il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate"*, si desume che le stesse non svolgono attività economica, come del resto dichiarato dalla stessa A.T.S. controinteressata in sede di partecipazione alla gara (DGUE), nel senso di non essere una *"microimpresa, oppure un'impresa piccola o media"*.

Infine, quanto al *"soccorso istruttorio processuale"*, ammissibile nei limiti in cui lo sarebbe stato il soccorso istruttorio esperibile nel corso del procedimento di gara, deduce la parte appellante che la sanabilità in sede procedimentale non poteva ammettersi né con riferimento alla dichiarazione resa dalle controinteressate nel DGUE di non essere una *"microimpresa, oppure un'impresa piccola o media"*, in quanto il disciplinare di gara, al par. 14, consentiva il soccorso istruttorio in ordine al DGUE esclusivamente *"in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi di cui all'articolo 85 del Codice"* (laddove nel caso di specie si tratterebbe della rettifica di una dichiarazione), né in relazione all'impegno a produrre la garanzia definitiva, essendo la sanatoria mediante soccorso istruttorio consentita dal par. 11, comma 7, del Disciplinare solo a condizione che tale impegno fosse stato già costituito prima della presentazione dell'offerta.

8. Le Associazioni appellate hanno proposto ricorso incidentale al fine di far riemergere:

- nell'ipotesi di accoglimento da parte del giudice di appello dei motivi di appello concernenti l'attribuzione dei punteggi, i motivi aggiunti dichiarati improcedibili dal T.A.R. ed attinenti al medesimo aspetto della controversia;

- nell'ipotesi di accoglimento da parte di questo giudice dei motivi di appello di carattere escludente, il ricorso incidentale dalle stesse proposto in primo grado ed ugualmente dichiarato improcedibile dal T.A.R. in conseguenza della reiezione del ricorso principale.

9. Si è altresì costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale di Salerno, per opporsi all'accoglimento sia del ricorso principale che di quello incidentale.

10. Il primo - e, come si vedrà, decisivo - tema controverso che la parte appellante sottopone al giudice di appello attiene alla valenza escludente della mancata allegazione da parte della A.T.S. aggiudicataria, a corredo dell'offerta, dell'*"impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario"*, ai sensi dell'art. 93, comma 8, primo periodo d.lvo n. 50/2016, espressamente richiamato dal par. 11, comma 1, n. 1 del *"Disciplinare delle operazioni della procedura comparativa"*, alla luce della previsione, contenuta nel secondo periodo del citato art. 93, comma 8, d.lvo n. 50/2016 e di cui la A.T.S. aggiudicataria invoca l'applicazione a suo favore, secondo cui sono esonerate dall'osservanza del predetto onere le *"microimprese, piccole e medie imprese"* ed i *"raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese"*.

Premesso che l'art. 93, comma 8, primo periodo d.lvo cit. ricollega espressamente la sanzione escludente al mancato rispetto del suindicato onere documentale, l'indagine intesa a verificare la rilevanza, ai fini della decisione della controversia, della suindicata clausola di esonero deve svilupparsi su due piani: l'uno attinente, in via generale, alla sua stessa applicabilità alla procedura comparativa in questione, anche alla luce delle caratteristiche dei soggetti legittimati a parteciparvi, l'altro alle specifiche modalità partecipative cui si è attenuta l'A.T.S. controinteressata.

10. Iniziando dal primo, deve preliminarmente osservarsi che il mancato espresso richiamo da parte della *lex specialis* – *"Disciplinare delle operazioni della procedura comparativa"* della suindicata clausola di esonero non sarebbe astrattamente ostativo alla sua applicazione ai fini regolatori degli adempimenti partecipativi dei concorrenti.

E' vero infatti che, come espressamente affermato dal par. 1, comma 7, del suddetto Disciplinare, *"il presente procedimento, non assoggettato al codice degli appalti, viene regolamentato dai principi della Legge 241/1990 e dalla normativa del d.Lvo n. 50/2016 laddove espressamente richiamata"*: nondimeno, il rinvio operato dal par. 11, comma 1, n. 1 all'art. 93, comma 8, d.lvo n. 50/2016, nella sua integralità dispositiva, non consentirebbe di tracciare un rigido spartiacque, come vorrebbe la parte appellante, tra la componente prescrittiva recepita (quella che sancisce la sussistenza del suddetto onere partecipativo) e

quella (relativa alla suindicata clausola esoneratrice) destinata asseritamente a restare al di fuori del compendio regolatorio della procedura in esame.

Anche ammesso infatti che, come sostenuto dalla parte appellante, il par. 11, comma 1, n. 1 del Disciplinare abbia una funzione solo “esplicativa” dell’obbligo di dichiarazione dell’impegno alla presentazione della garanzia definitiva, previsto a monte dalla norma primaria, siffatta portata “esplicativa” non potrebbe non comprendere sia gli elementi (della fattispecie originaria) “esplicitati”, sia quelli non espressamente menzionati dalla *relatio*, ma desumibili dalla disposizione richiamata e concorrenti, secondo lo schema normativo, alla compiuta regolamentazione della fattispecie astratta, anche nei suoi aspetti “negativi”.

Né tale conclusione potrebbe trovare ostacolo, come ugualmente sostiene la parte appellante, nella previsione di cui al par. 11, comma 4, n. 6 del Disciplinare, secondo cui la garanzia fideiussoria dovrà *“contenere l’impegno a rilasciare la garanzia definitiva, ove rilasciata dal medesimo garante”*, limitandosi la clausola citata a ribadire, con riferimento ad una specifica modalità di presentazione della garanzia provvisoria (ovvero mediante polizza fideiussoria), l’onere documentale previsto in via generale dal precedente comma 1, n. 1, con la conseguente necessaria estensione anche a tale specifica ipotesi delle condizioni e dei limiti applicativi connessi *ex lege* alla fattispecie generale.

11. Peraltro, anche ammesso che dalla *lex specialis* fosse enucleabile una previsione escludente anche nei confronti dei concorrenti titolati a beneficiare, secondo il d.lvo n. 50/2016, dell’esonero dall’onere documentale cui quella previsione è correlata, la stessa non potrebbe non ritenersi colpita, come sostenuto dalla controinteressata, dalla sanzione invalidante di cui all’art. 83, comma 8, ultimo periodo d.lvo cit., ai sensi del quale *“i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*: ciò in quanto per *“prescrizione a pena di esclusione”* non potrebbe intendersi solo quella intesa a fissare, conformemente alla legge, l’onere documentale di cui si tratta, ma anche quella diretta ad estenderne l’applicazione anche a soggetti che, secondo la volontà del legislatore, dovrebbero esserne esentati.

12. Allo stesso modo, privo di effettiva idoneità neutralizzante delle deduzioni della controinteressata deve ritenersi l’argomento “logico” addotto dalla parte appellante al fine di escludere la pertinenza alla specifica procedura comparativa di cui si tratta della previsione di esonero di cui all’art. 93, comma 8, secondo periodo d.lvo n. 50/2016 ed inteso ad evidenziare che, essendo la partecipazione alla stessa riservata alle Organizzazioni di Volontariato, non avrebbe avuto senso la previsione circa l’obbligatoria allegazione dell’impegno alla prestazione della garanzia definitiva, ove ne fossero esentate le suddette entità associative.

Deve infatti osservarsi che la parte controinteressata non invoca la predetta clausola di esonero in quanto Associazione di Volontariato *tout court*, ma in quanto dichiaratamente in possesso dei requisiti soggettivi di cui all’art. 3, comma 1, lett. aa) d.lvo n. 50/2016, il quale, ai fini della definizione delle *«microimprese, piccole e medie imprese»*, rinvia alla Raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione del 6 maggio 2003, chiarendo che *“in particolare, sono medie imprese le imprese che hanno meno di 250 occupati e un fatturato*

annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono piccole imprese le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono micro imprese le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro”.

13. Procedendo nella disamina della questione nei suoi profili di carattere generale, secondo il programma dell'indagine delineato *sub* 9), occorre muovere dalla *ratio* dell'art. 93, comma 8, secondo periodo d.lvo n. 50/2016, il quale è evidentemente ispirato dal *favor participationis* nei confronti delle imprese che rispecchiano i requisiti dimensionali contemplati dall'art. 3, comma 1, lett. aa) d.lvo n. 50/2016, le quali, dall'alleggerimento degli adempimenti strumentali alla partecipazione alla gara, ricevono un vantaggio competitivo, rispetto alle imprese di maggiori dimensioni, funzionale a riequilibrarne la posizione nel mercato delle pubbliche commesse, in un'ottica di perseguimento dell'uguaglianza sostanziale tra i competitors, e, in ultima analisi, a ristabilire condizioni di piena concorrenza, suscettibili di essere alterate dalla diversità dimensionale degli operatori interessati.

Trattasi, quindi, di un incentivo che rinviene il suo tipico ambito di operatività nel “mercato”, le cui dinamiche concorrenziali esso è destinato a promuovere e sollecitare, attenuando gli “ingessamenti” derivanti dalle caratteristiche dimensionali possedute dagli operatori che vi agiscono.

Già questo preliminare rilievo induce a ritenere che quel meccanismo incentivante non si attagli alle procedure comparative, come quella di cui si tratta, il cui bacino di operatività non corrisponde con il “mercato”, tanto da costituire uno strumento di acquisizione del servizio espressamente qualificato dal legislatore come alternativo rispetto al ricorso al “mercato” (cfr. art. 56, comma 1, d.lvo n. 117/2017, a mente del quale “*le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato*”).

E' del resto evidente che, trattandosi di un incentivo di carattere pro-concorrenziale che trova il suo tipico ambito di esplicazione nell'ambito del “mercato”, esso non potrebbe svolgere la sua funzione tipica in un contesto che, pur se connotato in chiave comparativa, si pone in un rapporto di deroga rispetto ai principi che governano il mercato, in quanto riservato alle associazioni di volontariato.

14. Né potrebbe trascurarsi, questa volta da un punto di vista soggettivo, che gli stessi criteri normativi, innanzi richiamati, che definiscono e qualificano le imprese di minori dimensioni non si rivelano idonei a svolgere la loro funzione selettiva se applicati alla specifica tipologia di soggetti ammessi a partecipare alla procedura comparativa in discorso: in particolare, il parametro incentrato sul numero di “occupati”, presupponendo un rapporto di lavoro dipendente con l'impresa, non si presta a cogliere l'effettivo profilo dimensionale di soggetti che, come le associazioni *de quibus*, sono *ex lege* caratterizzate dal prevalente avvalimento di

volontari (cfr. art. 33, comma 1, d.lvo n. 117/2017).

15. Sempre in una prospettiva di carattere soggettivo, deve altresì rilevarsi che, secondo la Raccomandazione richiamata dall'art. 3, comma 1, lett. aa) d.lvo n. 50/2016, *“si considera impresa ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica”*.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. p) d.lvo n. 50/2016, inoltre, per «operatore economico» si intende *“una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”*.

Ai sensi dell'art. 4, comma 1, d.lvo n. 117/2017, infine, *“sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore”*.

Ebbene, dal combinato disposto delle norme citate si evince che l'“attività economica” – costituente il requisito distintivo dell'“impresa”, ovvero del soggetto giuridico che tipicamente opera sul mercato – si caratterizza per il suo orientamento al perseguimento di uno scopo di lucro, mediante l'offerta sul mercato di beni e servizi.

E' quindi evidente che si collocano al di fuori dello spettro applicativo della nozione quei soggetti che, come le associazioni di volontariato, non orientano la loro attività alla massimizzazione del profitto, ed in vista di tale obiettivo strutturano la loro organizzazione e conformano la loro azione nell'ambito del mercato, ma ispirano la loro condotta a finalità di carattere sociale e solidaristico, in vista, al pari dei volontari che ne fanno parte, del solo *“rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate”* (artt. 17, comma 3, e 33, comma 3, d.lvo n. 117/2017).

E' quindi l'eterogeneità – se non incompatibilità – tra le logiche competitive che governano il funzionamento del mercato ed ispirano l'attività dei suoi attori, da un lato, e quelle solidaristiche che permeano l'ambito di azione delle associazioni di volontariato, dall'altro lato, a precludere ogni assimilazione tra i soggetti che operano nei rispettivi contesti ai fini applicativi delle disposizioni che, come quella di cui si tratta, fanno perno su quella distinzione.

16. I rilievi che precedono sono sufficienti ai fini dell'accoglimento dell'appello.

Tuttavia, per ragioni di esaustività del sindacato giurisdizionale, si esaminerà anche il profilo di carattere “particolare” del tema controverso, come enucleato *sub* 9), pur se, come si vedrà, esso, a differenza di quello già analizzato, condurrebbe a risultati favorevoli alla A.T.S. resistente.

17. In proposito, deve osservarsi che, nell'ambito del DGUE, la A.T.S. controinteressata ha espressamente dichiarato di non essere una microimpresa, né un'impresa di piccole o medie dimensioni, in tal modo escludendo – di riflesso – la sussistenza dei presupposti per beneficiare dell'esenzione dall'osservanza dell'onere documentale di cui all'art. 93, comma 8, primo periodo d.lvo n. 50/2016 (ammessa, a differenza di quanto innanzi rilevato, la sussistenza dei relativi presupposti).

Ebbene, tale dichiarazione – ai fini applicativi del suddetto beneficio – non potrebbe essere emendata, come pretende la parte controinteressata, mediante l'invocato “*soccorso istruttorio processuale*”.

Premesso infatti che, come essa stessa ammette, il perimetro applicativo di tale istituto pretorio corrisponde a quello che caratterizza il “soccorso istruttorio” nella sua tipica forma procedimentale, disciplinata dall'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016 (nonché, con riferimento alla procedura *de qua*, dal par. 14 del Disciplinare), deve rilevarsi che la fattispecie in esame, con riferimento al menzionato DGUE, non integra una ipotesi di “*manca*za, *incompletezza*” o “*irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo*”, atta a generare in capo alla stazione appaltante, che di essa si avveda (o di cui avrebbe comunque il dovere di avvedersi secondo l'ordinaria diligenza che ad essa fa capo), il dovere di sollecitare l'integrazione/regolarizzazione della documentazione di gara, ma di “rettifica” di una dichiarazione, al contrario, “presente”, “completa” e, almeno apparentemente, “regolare”: “rettifica” l'esigenza del cui compimento non avrebbe potuto essere rilevata dall'Amministrazione, nemmeno con l'uso della diligenza da essa esigibile, ai fini della attivazione del predetto soccorso istruttorio.

Poiché, quindi, il giudizio può rappresentare, secondo l'orientamento giurisprudenziale che ammette il “*soccorso istruttorio processuale*”, la sede per il compimento di quelle verifiche, funzionali all'accertamento della sussistenza del requisito di partecipazione non dichiarato dal concorrente, illegittimamente omesse dalla stazione appaltante, previo invito all'impresa ad integrare/regolarizzare le dichiarazioni carenti/incomplete/irregolari, in ossequio ad elementari principi di economicità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale, esso non si presta a ricevere applicazione nell'ipotesi in cui, come nella specie, non si tratti di porre rimedio ad alcuna omissione procedimentale della stazione appaltante, ma di trarre le coerenti conseguenze in punto di legittimità del provvedimento impugnato alla stregua delle risultanze procedimentali così come cristallizzate dalla documentazione presentata in gara dai concorrenti e non emendabile a posteriori.

18. A diverse conclusioni, in tema di applicazione del “*soccorso istruttorio processuale*”, dovrebbe invece pervenirsi nella prospettiva della integrazione della documentazione di gara laddove risultava carente dell'impegno alla presentazione della garanzia definitiva, atteso che, se la carenza suindicata costituiva (*recte*, avrebbe dovuto costituire, se l'Amministrazione

avesse esercitato correttamente i suoi poteri di controllo della documentazione amministrativa del concorrente) il presupposto per l'attivazione del soccorso istruttorio, e sebbene il mezzo ipotizzato ai fini della sanatoria della carenza medesima non avrebbe potuto essere rappresentato, come previsto dal par. 14, comma 7, del Disciplinare per l'ipotesi di "*mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore)*", dalla produzione dei documenti omessi (ammessa "*solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta*"), deve ritenersi che nell'ambito delle giustificazioni che il concorrente avrebbe potuto rendere all'Amministrazione sarebbe potuta (indirettamente) rientrare, insieme agli elementi dimostrativi dei requisiti dimensionali per essere qualificato come microimpresa o piccola o media impresa, anche (indirettamente) quella intesa a rettificare il DGUE, nella parte in cui escludeva che la A.T.S. controinteressata (*recte*, i suoi componenti) fosse così qualificabile, in quanto non attinente ad un elemento essenziale dell'offerta (tanto più in quanto la relativa indicazione, come si evince dalla nota in calce al DGUE, era richiesta a soli "*fini statistici*").

19. La condivisibilità delle deduzioni difensive svolte sul punto dalla A.T.S. resistente non impedisce tuttavia, alla luce dei rilievi formulati ai par. 13-15 della presente sentenza, l'accoglimento dell'appello principale, la cui fondatezza, con particolare riguardo al motivo attinente all'ammissione alla procedura della controinteressata, consente di prescindere da quello relativo all'attribuzione dei punteggi tecnici a favore della stessa.

20. Deve invece esaminarsi l'appello incidentale proposto dalla A.T.S. controinteressata, inteso sostanzialmente a riproporre in questo grado di giudizio le censure formulate con il ricorso incidentale proposto dinanzi al T.A.R. e dichiarato improcedibile con la sentenza appellata, con particolare riguardo al (secondo) motivo avente finalità escludente nei confronti della appellante principale ed il contenuto viene di seguito sintetizzato.

21. Essa premette che l'Associazione Val Calore O.D.V., giusta la dichiarazione aggiuntiva A2-ter di cui al par. 3.1 del Capitolato speciale, resa in corso di gara, ha indicato per la postazione di Piaggine il veicolo con targa GA335XY e per la postazione di Santa Maria di Castellabate il veicolo con targa GA059XY.

Deduce altresì la appellante incidentale che dall'accesso agli atti presso il Comune di Roccadaspide è emerso:

- a) il rilascio a favore della predetta Associazione dell'autorizzazione prot. n. 12394 del 29 giugno 2020 ad esercitare l'attività di Trasporto di infermi ed infortunati connesso all'esercizio di attività sanitaria e sociali mediante l'Ambulanza Fiat Ducato di Tipo B targata GA335XY;
- b) il rilascio a favore della medesima Associazione dell'autorizzazione prot. n. 12393 del 29 giugno 2020 ad esercitare l'attività di Trasporto di infermi ed infortunati connesso all'esercizio di attività sanitaria e sociali mediante l'Ambulanza Fiat Ducato di Tipo B targata GA059XY.

Espone altresì la controinteressata ed appellante incidentale che il Decreto del Ministro dei Trasporti n. 553 del 17 dicembre 1987:

a) definisce, in relazione alla funzione da assolvere, due tipi di autoambulanze, ovvero:

- quella di Tipo A: con carrozzeria definita “*autoambulanza di soccorso*”, attrezzata per il trasporto di infermi o infortunati e per il servizio di pronto soccorso, dotata di specifiche attrezzature di assistenza;
- quella di Tipo B: con carrozzeria definita “*autoambulanza di trasporto*”, attrezzata essenzialmente per il trasporto di infermi o infortunati, con eventuale dotazione di semplici attrezzature di assistenza;

b) dispone che *«le autoambulanze devono rispondere alle caratteristiche previste nell'Allegato tecnico al (...) decreto, di cui esso costituisce parte integrante»*.

Tanto premesso, allega la appellante incidentale che l'Associazione Val Calore O.D.V. avrebbe dovuto essere esclusa perché:

a) i veicoli con targa GA059XY e GA335XY, muniti di autorizzazione sindacale di Tipo B (anziché Tipo A), non sono autorizzati per il servizio di pronto soccorso sicché non sono idonei, ai fini della fornitura di servizi oggetto della procedura di gara di cui si tratta, al servizio di trasporto sanitario di emergenza urgenza 118.

Invero, il par. 14.1 del Capitolato speciale e l'art. 16 del Disciplinare prescrivono espressamente che i mezzi dichiarati devono essere *«idonei e rispondenti alla vigente normativa per il Soccorso Avanzato»*, laddove i veicoli individuati nelle due menzionate autoambulanze munite di autorizzazione di tipo B (anziché di tipo A) non sono – in violazione del citato par. 14.1 del Capitolato speciale - *«idonei e rispondenti alla vigente normativa per il Soccorso Avanzato»*, perché l'ambulanza di soccorso avanzato è un automezzo con caratteristiche strutturali compatibili almeno con il tipo “A” previsto dal D.M. n. 553/1987 o con il “Tipo A1” previsto dal D.M. n. 487/1997, recante *“Regolamento recante la normativa tecnica ed amministrativa relativa alle autoambulanze di soccorso per emergenze speciali”*;

b) i veicoli con targa GA059XY e GA335XY, oltre a non essere muniti di idonea autorizzazione sindacale per il Soccorso Avanzato, neppure sono conformi alle prescrizioni di cui all'All. 2 “*Requisiti e dotazione dei mezzi*” del Capitolato, atteso che neppure assicurano le caratteristiche prescritte di cui ai “*Requisiti ambulanza*”, in quanto le autoambulanze aventi autorizzazione Tipo B non sono dotate di: a) Porta laterale scorrevole; b) Pedana sottoporta laterale a funzionamento sincrono con l'apertura della porta; c) Porta posteriore a due ante apribili dall'interno e dall'esterno con pedana sottoposta con rivestimento in alluminio antiscivolo; d) Cabina guida con due sedili singoli, con poggiatesta e cinture di sicurezza a tre punti con arrotondatore automatico con estintore a polvere da almeno 2 kg, posizionato in modo da essere facilmente raggiungibile, vano sanitario con una finestra su ogni fiancata ed estintore a polvere di almeno 2 kg; e) Faro supplementare posizionabile ed orientabile per l'illuminazione della zona di soccorso; f) Estintore da Kg 2 nel vano guida ed un estintore da Kg 2 nel compartimento sanitario;

c) l'offerta tecnica ex art. 16 del Disciplinare *«è costituita, a pena di esclusione, (...) dai*

documenti (copia carte di circolazione, autorizzazione sindacale al trasporto infermi etc.), da redigersi e/o produrre conformemente a quanto richiesto al punto 4 del capitolato speciale di gara» e «deve rispettare le caratteristiche minime stabilite dalla lex specialis, pena l'esclusione dalla procedura comparativa, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice degli appalti»; inoltre, «tutti i servizi proposti devono rispettare le caratteristiche tecniche minime stabilite nel Capitolato Tecnico e nei suoi Allegati, pena l'esclusione dalla procedura di gara».

22. Il motivo di appello incidentale, come innanzi sintetizzato, non può essere accolto.

23. Occorre premettere che l'art. 14.1 dell'Avviso di Selezione dispone che: *“Il servizio dovrà essere effettuato con mezzi idonei e rispondenti alla vigente normativa per il Soccorso Avanzato”*.

L'All. 2 del medesimo Avviso, concernente *“Requisiti e dotazione dei mezzi”*, in relazione ai *“Requisiti ambulanza”*, prevede:

“Autoveicolo di categoria M1, con carrozzeria a scocca portante e definita secondo i canoni della normativa EN 1789, con autorizzazione sindacale ed in regola con la normativa vigente. Dovranno essere assicurate le seguenti caratteristiche:...”.

24. Ciò premesso, deve in primo luogo osservarsi che nessuna univoca prescrizione della *lex specialis* – non, in particolare, quelle innanzi menzionate, le sole peraltro ad occuparsi dell'argomento – contiene indicazioni atte a ricondurre il possesso dei predetti requisiti alla fase della partecipazione piuttosto che a quella della esecuzione del servizio: anzi, l'*incipit* del richiamato par. 14.1, nel senso che *“il servizio dovrà essere effettuato...”*, fa maggiormente inclinare l'asse interpretativo verso la seconda soluzione.

25. Deve altresì osservarsi che non è condivisibile l'assimilazione operata dalla appellante incidentale dei veicoli utilizzabili per il Soccorso Avanzato e quelli di categoria A: basti osservare che tra i requisiti contemplati, per i primi, dal Decreto del Ministero dei Trasporti e della Navigazione del 5 novembre 1996 (*“Normativa tecnica ed amministrativa relativa agli autoveicoli di soccorso avanzato con personale medico ed infermieristico a bordo”*) e, per i secondi, dal D.M. n. 553 del 17 dicembre 1987 (*“Normativa tecnica e amministrativa relativa alle autoambulanze”*) non sussiste una perfetta equivalenza (basti osservare che il primo prevede almeno due posti a sedere oltre a quello del conducente ed il secondo almeno tre sedili nel compartimento sanitario).

26. In ogni caso, ai fini della verifica del possesso dei requisiti propri delle ambulanze di tipo A, assumono sicuramente una spiccata valenza probatoria le carte di circolazione dei veicoli (tanto è vero che il par. 4 dell'Avviso richiede l'allegazione alla Relazione tecnica delle carte di circolazione dei mezzi destinati alla postazione).

Ebbene, come si evince dall'allegato 42 della produzione documentale della parte controinteressata del 17 aprile 2023, per entrambe le ambulanze menzionate nel motivo di appello incidentale in esame sono presenti le seguenti diciture:

“Risponde: D.M. 553 Tipo A-B

Risponde: D.M. 487 Tipo A1

Risponde: ENI1789:2007+A2 Tipo A1-A2-B-C”.

Le surriportate indicazioni attestano la piena rispondenza dei veicoli alle caratteristiche tecniche richieste (ai fini della esecuzione del servizio) dalla *lex specialis*.

Né, come si è detto, potrebbe farsi leva, in senso contrario, sulle relative autorizzazioni sanitarie, le quali hanno appunto ad oggetto lo svolgimento dell'attività sanitaria di trasporto degli infermi e infortunati mediante le predette ambulanze, senza tuttavia rivestire alcuna attitudine certificatrice in ordine alle caratteristiche tecniche dei mezzi all'uopo destinati.

27. Per le medesime ragioni, la non corrispondenza tra la classificazione delle ambulanze indicata dalle predette autorizzazioni e quella risultante dalle rispettive carte di circolazione non può assurgere a motivo escludente *sub specie* di mancato possesso della prescritta autorizzazione sanitaria, non emergendo dalla *lex specialis* alcuna univoca prescrizione intesa a richiedere il possesso di autorizzazione per la specifica categoria di mezzo prevista per l'esecuzione del servizio: basti considerare che il già richiamato punto “4. *Redazione della domanda*” dell'Avviso di Selezione, con riferimento alla “*Relazione tecnica (da presentare per la valutazione dei punti di cui al punto 15 “Modalità di redazione delle graduatorie”)*”, prevede che la predetta Relazione indichi esclusivamente “*relativa autorizzazione sindacale al trasporto infermi in corso di validità*”.

28. La reiezione del suindicato motivo dell'appello incidentale induce a prescindere dall'esame di quello relativo all'attribuzione del punteggio tecnico a favore della appellante principale, in quanto funzionale a contrapporsi a quello di contenuto omogeneo, parimenti dichiarato improcedibile, formulato dalla seconda.

29. Va altresì dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato in data 12 settembre 2023 tra la A.T.S. controinteressata e la ASL Salerno, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., tenuto conto che lo stadio iniziale in cui si trova l'esecuzione del servizio da parte della aggiudicataria e la natura del servizio medesimo consentono l'utile subentro della appellante principale nel rapporto contrattuale e per l'intera durata dello stesso.

30. Può invece prescindersi dalla domanda di condanna al risarcimento del danno per equivalente, siccome formulata solo in via subordinata dalla appellante principale.

31. Le parti resistenti devono essere infine condannate alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio a favore della appellante principale, nella complessiva misura di € 2.000,00 per ciascuna, oltre oneri di legge, con attribuzione al difensore antistatario, oltre al rimborso del contributo unificato eventualmente versato in relazione ai due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sull'appello n. 6933/2023 e sul relativo appello incidentale, accoglie il primo, respinge il secondo e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado ed annulla il provvedimento (deliberazione del Direttore Generale dell'ASL Salerno n. 1433 del 15 dicembre 2022) di aggiudicazione a favore della controinteressata, relativamente al lotto n. 11 "*Santa Maria di Castellabate – Bellosguardo – Roccadaspide – Piaggine*", del servizio di "Trasporto sanitario di Emergenza Urgenza 118" dell'ASL di Salerno.

Dichiara altresì l'inefficacia del contratto stipulato in data 12 settembre 2023 tra la A.T.S. controinteressata e la ASL Salerno e dispone il subentro della appellante principale nel rapporto contrattuale per l'intera durata dello stesso.

Condanna le parti resistenti alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio a favore della appellante principale, nella complessiva misura di € 2.000,00 per ciascuna, oltre oneri di legge, con attribuzione al difensore antistatario, oltre al rimborso del contributo unificato eventualmente versato in relazione ai due gradi 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:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Guida alla lettura

Con pronuncia n. **10166** dello scorso 27 novembre la **III Sezione del Consiglio di Stato** si è occupata del cd. **soccorso istruttorio processuale**.

Al riguardo si ricorda che il **perimetro applicativo** di tale istituto pretorio corrisponde a quello che caratterizza il "**soccorso istruttorio**" nella sua tipica forma procedimentale, disciplinata dall'**art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016** (n.d.r. oggi **art. 101 d.lgs. 36/2023**).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale che ammette il "soccorso istruttorio processuale", il

giudizio può rappresentare la sede per il compimento di quelle verifiche, funzionali all'accertamento della sussistenza del requisito di partecipazione non dichiarato dal concorrente, illegittimamente omesse dalla stazione appaltante, previo invito all'impresa **ad integrare/regolarizzare le dichiarazioni carenti/incomplete/irregolari, in ossequio ad elementari principi di economicità dell'azione amministrativa e di effettività della tutela giurisdizionale.**

Tale istituto, dunque, non si presta a ricevere applicazione nell'ipotesi in cui, come nella specie, non si tratti di porre rimedio ad alcuna omissione procedimentale della stazione appaltante, ma di trarre le coerenti conseguenze in punto di legittimità del provvedimento impugnato alla stregua delle risultanze procedimentali così come cristallizzate dalla documentazione presentata in gara dai concorrenti e non emendabile a posteriori.

A diverse conclusioni, in tema di applicazione del “soccorso istruttorio processuale”, **dovrebbe invece pervenirsi nella prospettiva della integrazione della documentazione di gara laddove risultava carente dell'impegno alla presentazione della garanzia definitiva**, atteso che, se la carenza suindicata costituiva (*recte*, avrebbe dovuto costituire, se l'Amministrazione avesse esercitato correttamente i suoi poteri di controllo della documentazione amministrativa del concorrente) il presupposto per l'attivazione del soccorso istruttorio, e sebbene il mezzo ipotizzato ai fini della sanatoria della carenza medesima non avrebbe potuto essere rappresentato, come previsto dal par. 14, comma 7, del Disciplinare per l'ipotesi di “*mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore)*”, dalla produzione dei documenti omessi (ammessa “solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta”), deve ritenersi che nell'ambito delle giustificazioni che il concorrente avrebbe potuto rendere all'Amministrazione sarebbe potuta (indirettamente) rientrare, insieme agli elementi dimostrativi dei requisiti dimensionali per essere qualificato come microimpresa o piccola o media impresa, anche (indirettamente) quella intesa a rettificare il DGUE, nella parte in cui escludeva che la A.T.S. controinteressata (*recte*, i suoi componenti) fosse così qualificabile, in quanto non attinente ad un elemento essenziale dell'offerta (tanto più in quanto la relativa indicazione, come si evince dalla nota in calce al DGUE, era richiesta a soli “fini statistici”).