

Impossibilità di attivare il soccorso istruttorio per il requisito di capacità economico-finanziaria

di Roberto Manservigi

Data di pubblicazione: 27-2-2017

1. Il soccorso istruttorio non può essere attivato nel caso di assenza del requisito di qualificazione relativo alla capacità economico-finanziaria richiesto dalla *lex specialis* (1).

(1) Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3666.

Guida alla lettura

Il T.A.R. Bologna torna sui confini del soccorso istruttorio, escludendo che tale istituto possa trovare applicazione nel caso in cui il concorrente non abbia dato dimostrazione del possesso del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto dai documenti di gara.

La motivazione sul punto, che richiama precedenti elaborazioni giurisprudenziali, muove dal dato - definito come incontestato - del mancato raggiungimento della percentuale di fatturato complessivo, nel decennio precedente, per attività di progettazione relativa alla specifica categoria di lavori prevista come minima dalla *lex specialis*. Resta il dubbio, tuttavia, che la decisione non colga appieno la portata della doglianza, dal momento che la sua prospettazione, per lo meno dalla ricostruzione che si trae leggendo la sentenza, sembra presupporre un errore formale del ricorrente nella quantificazione del fatturato richiesto dai documenti di gara, del quale, quindi, veniva richiesta la correzione attraverso il soccorso istruttorio poi negato dalla stazione appaltante. Diversamente, vale a dire laddove il requisito in questione non fosse stato posseduto *ab origine* dal concorrente, non è chiaro in che modo avrebbe potuto operare il soccorso istruttorio, anche a prescindere dalla sua effettiva applicabilità in relazione al requisito speciale in questione, comunque esclusa dalla sentenza in esame.

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 953 del 2016, proposto da:

Lombardi Ingegneria s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con le mandanti: Main Management e Ingegneria s.p.a., Ramboll Danmark S/A, Diverserighestudio s.r.l., Ambiente SC, arch. Marco Colonnelli e ing. Gabriele Raffellini, R.T.I. rappresentato e difeso dagli avvocati Ciro Pisano e Filippo Martinez, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Angelo Scavone, in Bologna, via S. Stefano n. 43;

contro

Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a., in persona dell'Amministratore delegato e rappresentante legale p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Penelope Vecli, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria T.A.R., in Bologna, Strada Maggiore n. 53;

per l'annullamento

a) del provvedimento assunto nella seduta pubblica del 2/11/2016, con il quale l'Autorità di gara della procedura aperta bandita da Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a. per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria relativi alle opere di ampliamento dell'aeroporto di Bologna, ha escluso dalla gara l'odierno ricorrente, il costituendo R.T.I. tra Lombardi Ingegneria s.r.l. (mandataria) e Main Management e Ingegneria s.p.a., Ramboll Danmark S/A, Diverserighestudio s.r.l., Ambiente SC, arch. Marco Colonnelli e ing. Gabriele Raffellini (mandanti); b) del verbale della seduta pubblica del 2/11/2016, nella parte in cui è stata comminata l'esclusione di R.T.I. ricorrente; c) ove occorra, delle risposte fornite dalla stazione appaltante alla richiesta di chiarimento: n.1 del 22.8.2016 e nn. 1 e 5 del 7.9.2016, nonché del capo 4 lett. F) e lett. M) del disciplinare di gara, nella parte in cui risulta vietare la costituzione di raggruppamenti temporanei di imprese di tipo verticale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2017, il dott. Umberto Giovannini e uditi,

per le parti, i difensori avv. Davide Moscuza e avv. Penelope Vecli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Oggetto di causa è l'impugnativa, da parte di un costituendo R.T.I. che ha partecipato alla procedura aperta bandita da Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a. (di seguito: Aeroporto Marconi) per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria relativi alle opere di ampliamento dell'omonimo aeroporto di Bologna, del provvedimento di esclusione di R.T.I. ricorrente assunto dall'Autorità di gara nella seduta pubblica del 2/11/2016.

A sostegno dell'impugnativa, il costituendo Raggruppamento composto da: Lombardi Ingegneria s.r.l. quale mandataria e da Main Management e Ingegneria s.p.a.; Ramboll Danmark S/A; Diverserighestudio s.r.l.; Ambiente SC; arch. Marco Colonnelli e ing. Gabriele Raffellini, quali mandanti (di seguito: RTI Lombardi) deduce motivi in diritto rilevanti: violazione dell'art. 86, c. 9, 48 ed 83, c. 8 del D. Lgs. n. 50 del 2016, nonché violazione del Capo 9 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 48 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e violazione del principio di libera organizzazione degli operatori di mercato e di buon andamento della P.A.; violazione dell'art. 3 L. n. 241 del 1990 per carenza di motivazione; violazione del principio del *favor participationis*.

Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a., costituitosi in resistenza, chiede che il ricorso sia respinto, stante la ritenuta infondatezza dello stesso.

Alla pubblica udienza del giorno 18 gennaio 2017, la causa è stata chiamata ed è stata quindi trattenuta per la decisione come indicato nel verbale.

Con il primo motivo di ricorso, RTI Lombardi ritiene che la propria esclusione dalla gara sia illegittima in quanto assunta in violazione dell'art. 83, comma 9 del D. Lgs. n. 50 del 2016. Secondo il ricorrente, la ragione per la quale l'Autorità di gara ne ha disposto l'esclusione, consisterebbe, in realtà, in una mera irregolarità formale che la stazione appaltante avrebbe potuto e dovuto sanare mediante lo strumento del soccorso istruttorio. Il Collegio ritiene non condivisibili tali considerazioni, consistendo, la principale ragione dell'esclusione della ricorrente dalla competizione, nell'accertata mancanza di uno dei requisiti di capacità economica – finanziaria e tecnico – organizzativa espressamente richiesti dal Disciplinare di gara al Capo 4, lettere F) e M). La stazione appaltante ha chiaramente motivato l'esclusione rilevando che "...risulta non esservi corrispondenza tra la percentuale di requisito di capacità spesa in gara dalla mandataria LOMBARDI INGEGNERIA S.r.l. (mediante spendita della propria capacità) per l'attività di progettazione da una parte, e la percentuale di partecipazione all'RTC dichiarata dalla stessa mandataria (anche corrispondente alla quota parte di ripartizione delle attività oggetto di appalto in corso di esecuzione del servizio), dall'altra.". Nel dettaglio, la riferita disposizione del Disciplinare esige che, in caso di partecipazione alla gara mediante raggruppamento temporaneo, l'impresa mandataria capogruppo debba possedere il requisito minimo corrispondente alla percentuale del 51% in riferimento: a) all'importo dei lavori progettati nel decennio 2006 – 2015 comprensivo di oneri di sicurezza per la categoria di

lavori di progettazione IA.02 (impiantistica di climatizzazione); b) alla propria percentuale di partecipazione al Raggruppamento; c) alla propria quota parte di ripartizione delle attività oggetto di appalto in corso di esecuzione del servizio. Nella specie, la stazione appaltante ha accertato che RTI Lombardi difetta del requisito di capacità economico – finanziaria precedentemente indicato sub a), posto che la mandataria ha essa stessa dichiarato in gara di avere eseguito, nel decennio precedente, attività di progettazione per la indicata categoria per un fatturato complessivo di €. 4.040.993,40 che è importo inferiore a quello corrispondente alla percentuale del 51% dei lavori di progettazione oggetto dell'appalto in esame, ammontante a €. 4.086.053,35 pari alla metà dei lavori di progettazione per la riferita categoria indicati nel Disciplinare per l'importo di €. 8.011.869,32 (v. tabella a pag. 7 Disciplinare doc. n. 4 di Aeroporto Marconi). Risulta pertanto evidente – trattandosi di questione effettivamente relativa ad un requisito di capacità economico - finanziaria e tecnico organizzativa espressamente richiesto dalla *lex specialis* - che la rilevata mancanza di specifico fatturato (ammontante a circa €. 46.000,00) costituisca di violazione della stessa disciplina di gara, nonché palese violazione del D.P.R. n. 445 del 2000, T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa; normativa certamente applicabile alla gara in questione, in forza dell'espresso richiamo ad essa contenuto al punto 17 lett. a) del Disciplinare di gara (v. pag. 17 Disciplinare doc. n. 4 di Aeroporto Marconi). Dalle considerazioni che precedono deriva, quale ulteriore conseguenza, che detta mancanza di fatturato non è oggettivamente riconducibile a quelle mere "...carenze di qualsiasi elemento formale..." suscettibili di essere sanate ex art. 83, c. 9, D. Lgs. n. 50 del 2016 attraverso la procedura di soccorso istruttorio ivi disciplinata.

In giurisprudenza, in un caso simile a quello ora in esame si è autorevolmente sostenuto che "Il *soccorso istruttorio* non può intervenire nel caso dell'assenza di un requisito di qualificazione, visto che non consiste nell'integrazione tardiva della documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, e concretizzerebbe la sanatoria di un vizio di documentazione mancante in origine: tale operazione risulterebbe contraria al principio di *par condicio* dei concorrenti e di tassatività dei termini per la presentazione delle offerte, nonché alla stessa disciplina di gara ed alle norme in materia di possesso del requisito di qualificazione, quindi realizzerebbe una vera modifica sostanziale degli elementi dell'offerta stessa avvenuta oltre la scadenza del termine per la partecipazione alla gara." (Cons. Stato sez. V, 22/8/2016 n. 3666). Dalle suddette considerazioni discende, pertanto, che l'accertata mancanza di tale requisito non consente di partecipare o di continuare a partecipare alla gara ed inoltre che, in considerazione delle particolari modalità di verifica della sussistenza o meno dello stesso, in quanto direttamente ed esclusivamente riferite al raggiungimento o meno di una determinata percentuale di fatturato pregresso, risulta del tutto irrilevante l'entità dell'importo di fatturato mancante, poiché siffatto requisito non è comunque posseduto se l'importo del fatturato minimo pregresso non raggiunge la riferita percentuale del 51% dei lavori di progettazione messi a gara. Nella specie è incontestato che il ricorrente non abbia raggiunto tale percentuale, con conseguente palese infondatezza dell'esaminato mezzo d'impugnazione e, di seguito, legittimità del provvedimento di esclusione riguardo a detto profilo.

Anche il secondo motivo di ricorso, con il quale si rileva violazione dell'art. 48 del D. Lgs. n. 50 del 2016, non merita accoglimento. Nella specie, la riferita disposizione del Disciplinare

richiedente che l'impresa mandataria capogruppo debba possedere il requisito minimo, corrispondente alla percentuale del 51% in riferimento sia all'importo del fatturato 2006 – 2015 relativo alla specifica progettazione offerta in gara, sia alla propria percentuale di partecipazione al Raggruppamento, sia, infine, alla quota parte delle attività oggetto di appalto che la mandataria dovrà eseguire, non comporta, di per sé, alcuna violazione della suddetta disposizione, nella parte in cui tale norma tutela la partecipazione alle gare pubbliche delle imprese concorrenti in forma di Raggruppamento temporaneo sia esso di tipo “verticale” o di tipo “orizzontale”. La *lex specialis* impone, infatti, una predeterminata percentuale del 51% rispetto a tre diversi elementi unicamente all'impresa mandataria, lasciando del tutto libero il Raggruppamento nel prevedere il numero delle mandanti, nonché la quota di partecipazione al R.T.I. e ai lavori di progettazione da eseguire di ciascuna di esse. Oltre a ciò il Collegio deve rilevare, sul punto condividendo le argomentazioni difensive di Aeroporto Marconi, che nella procedura aperta *de qua* era ammesso l'avvalimento sia di tipo esterno (con imprese ausiliarie non partecipanti alla gara) sia di tipo interno (con imprese ausiliare individuate tra le altre componenti il R.T.I.), con la conseguenza che, in riferimento a tale ultima possibilità, anche un'impresa mandante di un Raggruppamento di tipo “verticale” avrebbe potuto – mediante conferimento (quale ausiliaria) dell'elemento mancante alla mandataria (ausiliata), partecipare ad una o più attività di progettazione messe a gara in posizione percentualmente maggioritaria. In conclusione, il Collegio rileva l'insussistenza di alcun surrettizio divieto di partecipazione alla gara di raggruppamenti di tipo “verticale”, come adombrato da RTI ricorrente.

Il terzo e ultimo motivo di ricorso è inammissibile, in quanto RTI Lombardi non ha alcun concreto interesse all'eventuale accoglimento di tale censura che aggredisce un ulteriore ed autonomo capo di motivazione su cui si fonda l'esclusione dello stesso dalla gara. Invero, anche dall'eventuale fondatezza della censura con cui il ricorrente rileva l'illegittimità dell'argomentazione della stazione appaltante circa una “...plausibile anticipazione dell'offerta tecnica...” asseritamente emergente dall'esame della documentazione amministrativa presentata in gara, lo stesso non ne trarrebbe alcun concreto vantaggio. Per consolidata e pacifica giurisprudenza, quando un provvedimento risulta dotato di più autonomi capi di motivazione (c.d. provvedimento plurimotivato), di cui uno è risultato legittimo, il ricorrente non ha alcun concreto interesse all'eventuale accoglimento delle censure che aggrediscono gli altri capi di motivazione, in quanto il provvedimento impugnato (nella specie: l'esclusione dalla gara), in tale ipotesi continuerebbe ugualmente a sorreggersi sul capo di motivazione già esaminato di cui è stata accertata la legittimità (v. da ultima: T.A.R. Lazio –RM- sez. III ter 4/7/2016 n. 7645).

Per le suesposte ragioni, il ricorso è respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo, tenuto conto, da un lato dell'elevato valore economico della controversia e, dall'altro lato, che essa è stata decisa applicando la nuova normativa del nuovo T.U. sui contratti pubblici (D. Lgs. n. 50 del 2016) di recente entrata in vigore.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia – Romagna, Bologna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna RTI ricorrente, quale parte soccombente, al pagamento, in favore di Aeroporto Guglielmo Marconi s.p.a., delle spese relative al presente giudizio, che si liquidano per l'importo onnicomprensivo di €. 6.000,00 (Euro seimila/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bologna, nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Umberto Giovannini, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere