

Soccorso istruttorio e carenza totale del documento

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 22-7-2017

Non si può consentire di ovviare all'omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell'ammissione alla gara mediante il soccorso istruttorio.

(1) Conforme Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2016, n. 5488; Cons. Stato, Ad Plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre, 2016, n. 4219. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Guida alla lettura

Un operatore economico è **escluso** da una procedura aperta ex art. 60, d.lgs n. 50/2016 bandita dall'Inps per l'affidamento del servizio di vigilanza presso gli immobili della sua direzione regionale.

La determinazione di esonero della stazione appaltante fonda sulla mancanza di un elemento essenziale della dichiarazione sostitutiva presentata dalla concorrente in ordine al **possesso dei requisiti tecnico-professionali** richiesti dal disciplinare di gara. Quest'ultimo in particolare impone la dimostrazione da parte dell'impresa partecipante della **gestione diretta di almeno due servizi analoghi** nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando.

Al momento della partecipazione la concorrente aveva dichiarato soltanto un rapporto contrattuale; mentre indicava il secondo, eseguito da altra società di cui è affittuaria del ramo d'azienda, soltanto **in seguito all'apertura delle offerte**.

Sicché, vista la carenza dei requisiti speciali richiesti, la P.A. ha disposto l'esclusione della partecipante.

Quest'ultima invocava così il **soccorso istruttorio** per sanare l'insufficienza della sua dichiarazione, al fine della riammissione alla gara. L'istanza veniva, ancora, respinta dalla civica P.A..

Avverso il provvedimento d'esclusione, l'impresa ha proposto ricorso al T.A.R. di Bari, previa misura cautelare, con rito "**super-accelerato**" ex art. 120, commi 2-bis e 6-bis, deducendo la violazione dell'**art. 83 del d.lgs. n. 50/2016**.

La ricorrente ha fondato la doglianza sull'erroneità della mancata considerazione del secondo contratto reputato elemento attestante la sua capacità tecnico-professionale, per effetto della

cessione del ramo d'azienda acquisito da altro o.e., il quale aveva gestito direttamente un servizio analogo richiesto dal disciplinare, nonché sulla **praticabilità del soccorso istruttorio**.

All'udienza camerale, il Collegio ha trattenuto la controversia per la decisione di merito.

Il T.A.R. di Bari, con sentenza in forma semplificata ex art. 60 c.p.a., ha premesso che l'infondatezza del gravame scaturiva già dal solo fatto della esibizione del secondo contratto, avvenuta dopo l'apertura delle offerte.

Il Collegio ha sottolineato così l'inapplicabilità del soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, nell'ambito di procedure di affidamento, per sopperire alla **radicale mancanza di documenti richiesti** dagli atti di gara, in applicazione sia del principio di **par condicio fra i concorrenti** sia di quello relativo all'immutabilità del contenuto dell'offerta. Al contrario, tale rimedio sarebbe stato esperibile solo per sanare i vizi di atti già acquisiti nel corso della procedura per le suesposte ragioni (Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2016, n. 5488); sicché ha sancito la **legittimità dell'esclusione**.

La sentenza desta talune perplessità, atteso che, com'è noto, con il soccorso istruttorio, ai sensi del comma 9 dell'art. 83 *cit.* è sanabile, tralaltro, la **mancanza e ogni altra irregolarità essenziale** degli elementi e, finanche, del D.G.U.E. onerando, in siffatta evenienza, il concorrente, secondo la formulazione precedente al **correttivo portato dal d.lgs. n. 56/2017**, al pagamento di una sanzione pecuniaria per la regolarizzazione.

Sembra, dunque, che la pronuncia segue una direzione diversa dall'indicato precetto legislativo.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 579 del 2017, proposto da:

First Security S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Tommaso Di Gioia, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Argiro, n. 135;

contro

Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Tedone, Chiara Contursi, Cosimo Nicola Punzi, con domicilio eletto presso lo studio Raffaele Tedone in Bari, via Putignani, n. 108;

nei confronti di

Securpol Puglia S.r.l., G4 Vigilanza S.p.A. non costituiti in giudizio;

per la declaratoria di nullità e/o annullamento, previa sospensione

della determina dirigenziale INPS – Direzione regionale Puglia n. 97 del 18.4.2017, con cui la ricorrente è stata esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza presso gli immobili della direzione regionale Puglia dell'INPS, di tutti i verbali di gara (e, specificamente dei verbali nn. 3 e 4), di ogni atto citato nel presente ricorso nonché di tutti gli atti presupposti, conseguenti e/o comunque connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti gli artt. 60, 74 e 120 c.p.a.

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 la dott.ssa Cesira Casalanguida;

Uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Con ricorso, notificato il 18.5.2017 e depositato il 30.5.2017, la società First Security s.r.l. impugna il provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di vigilanza presso gli immobili della direzione regionale Puglia dell'INPS, come da Determina dirigenziale n. 97 del 18.4.2017, comunicata con nota prot. 980 del 18.4.2017.

1.1.- Riferisce la ricorrente che l'Inps, dopo aver effettuato il soccorso istruttorio, procedeva ad escluderla per difetto del requisito di partecipazione della capacità tecnico e professionale, richiesto dall'art. 7 comma 1 lett. c) e art. 7 comma 4 del Disciplinare di gara.

Richiama, in particolare, quest'ultima previsione ai sensi della quale: *“Ai fini della sussistenza*

dei criteri di selezione di cui al comma 1° lett. C), i concorrenti devono presentare un elenco dei contratti aventi ad oggetto servizi di vigilanza analoghi a quello oggetto della presente procedura, eseguiti negli ultimi 3 (tre) anni antecedenti alla pubblicazione del bando, con indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi stessi. Dall'elenco dovrà risultare l'avvenuta gestione di almeno 2 (due) contratti, ciascuno di importo non inferiore al 10% dell'importo di cui al precedente art. 4 comma 1° del presente disciplinare di gara”.

Afferma che l'esclusione è stata disposta dalla resistente amministrazione in ragione della circostanza che dei due contratti indicati in qualità di concorrente, aventi importo non inferiore al 10% dell'importo a base di gara, soltanto uno poteva essere ritenuto utile per l'ammissione (il contratto stipulato con l'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari), mentre l'altro contratto (stipulato con l'Azienda ospedaliera Policlinico di Bari) secondo la stazione appaltante *“non può essere preso in considerazione ai fini della comprova del possesso della capacità tecnica e professionale in quanto non è stato gestito da First Security S.r.l., ma da un altro operatore economico, AT Security S.r.l., con cui la concorrente ha sottoscritto un contratto di affitto di ramo d'azienda. Il contratto di appalto in questione, nel momento in cui il contratto di affitto di azienda è diventato efficace, si era già concluso”* (così, testualmente, alla determina n. 97 del 18.04.2017).

2 - Con unico motivo di ricorso deduce la violazione dell'art. 83 del **D. Lgs. n. 50/2016** e l'eccesso di potere per erronea presupposizione ed illogicità.

Secondo la ricorrente, con riferimento al secondo contratto (appalto tra AT Security e Policlinico di Bari) non preso in considerazione, l'affitto di ramo d'azienda (tra First e AT Security) determinerebbe la continuità dell'attività imprenditoriale, consistente nel passaggio all'avente causa dell'intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l'azienda stessa o il suo ramo si sostanzia, e ciò consentirebbe all'affittuario di beneficiare dei requisiti già maturati dall'affittuante. Richiama a supporto della propria tesi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2012.

3.- L'INPS si è costituito in giudizio il 12.06.2017, per resistere al ricorso, evidenziando a sostegno della legittimità del provvedimento di esclusione che:

- la ricorrente nella dichiarazione sostitutiva volta a comprovare l'adeguata capacità tecnica e professionale, come richiesto dall'art. 7 comma 4 del disciplinare di gara, ha indicato un solo contratto di importo superiore a quello stabilito dalla suindicata norma del disciplinare;

- in luogo del secondo contratto ha allegato una lettera di referenze bancarie della Monte dei Paschi di Siena;

- tale lettera sarebbe inidonea a comprovare l'adeguata capacità tecnico-professionale, potendo al più valere ai fini del requisito economico-finanziario (art. 7 comma 8 del Disciplinare).

Ha aggiunto che la medesima ricorrente nella *“dichiarazione sostitutiva”* avrebbe ammesso

espressamente di non essere in grado di presentare le referenze richieste dalla Stazione appaltante e che, solo con pec del 27.02.2017, ha allegato il secondo contratto con il Policlinico di Bari, stipulato ed eseguito interamente dalla AT Security s.r.l., i cui effetti sono cessati in data 30.6.2014, prima che il contratto di affitto di ramo d'azienda tra AT Security e First producesse i suoi effetti iniziali (31.8.2015). Ad ulteriore fondamento dell'asserita irrilevanza del contratto di affitto di azienda tra AT Security e la First Security srl, ne ha rilevato la durata annuale, da cui deriverebbe il contrasto con la previsione di cui all'art. 76 comma 9 del D.p.r. 207/2010, più specificamente il comma 9, ai sensi del quale *“nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni”*.

Ritiene per questo che tali elementi sarebbero da soli idonei a giustificare l'esclusione per mancanza del requisito delle adeguate capacità tecniche ed organizzative in capo alla ricorrente.

Sostiene, in ogni caso, la legittimità dell'esclusione per irrilevanza del soccorso istruttorio, non ammesso nel caso in esame.

4. - All'udienza del 14.06.2017, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, all'esito della discussione, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. – La FIRST Security s.r.l. ha partecipato alla procedura aperta di carattere comunitario, ai sensi dell'art. 60 **D.lgs. 50/2016**, volta all'affidamento del *“Servizio di vigilanza presso gli immobili della Direzione regionale Puglia dell'Inps”*, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, serie Generale, n. 91 in data 19.04.2016.

Con il ricorso in esame la società censura la determina con cui non è stata ammessa alle successive fasi della gara, fondata sulla mancanza del requisito speciale di partecipazione della capacità tecnica e professionale di cui all'art. 7 lett. c) e art. 7 comma 4 del Disciplinare di gara, da comprovare, in particolare, mediante la presentazione di un elenco da cui risulti l'avvenuta gestione di *“almeno due contratti ciascuno di importo non inferiore ad € 713.150.00”*.

Contesta, più specificamente, la mancata considerazione del secondo contratto allegato per essere stato gestito da altro operatore economico, AT Security s.r.l., con cui la First Security s.r.l. ha sottoscritto un contratto di affitto di azienda solo dopo che il contratto di appalto in questione si era concluso.

6. – Per una più compiuta comprensione della vicenda il Collegio ritiene utile esaminare l'atto gravato dal quale si desume che la ricorrente, per comprovare il possesso della capacità tecnica professionale, *“ha indicato un solo contratto di importo almeno pari a € 713.150,00 (contratto stipulato con Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari per valore € 734.970,57); in luogo del secondo contratto richiesto dall'art. 7 comma 4, la concorrente ha*

allegato alla Dichiarazione sostitutiva una lettera di referenze bancarie rilasciata da Monte dei Paschi di Siena spa in data 13.02.2017'.

Come confermato anche nei verbali della commissione relativi alla valutazione della documentazione prodotta dagli operatori commerciali in sede di gara, solo con nota acquisita dall'Inps in data 27.02.2017, la ricorrente ha sostenuto la possibilità di valutare come secondo contratto, quello tra At Security e Policlinico, per effetto del fitto di azienda stipulato con AT Security s.r.l., mentre la scadenza per la presentazione delle offerte era prevista per il giorno 14.02.2017.

Emerge dagli atti di gara, dunque, che solo dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte e la rilevazione della presentazione di un solo contratto da parte della concorrente First s.r.l. nella Sezione B – Criteri di Selezione- B3) Capacità tecnico professionale (verbale n. 1 del 23.02.2017), la medesima ha presentato nota contenente il riferimento al secondo contratto oggetto di contestazione.

6.1. - Tale dato risulta da solo idoneo a determinare l'infondatezza del ricorso.

Il Collegio, nel ritenere infondata la censura di violazione dell'art. 83 del **D. Lgs. 50/2016**, richiama, in particolare, la previsione di cui al comma 9 di tale norma, nella parte in cui esclude espressamente il soccorso istruttorio per gli elementi afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica.

La chiara disposizione di legge è espressione di quanto già in precedenza chiarito circa l'inalterabilità del contenuto dell'offerta, che trova conferma nel consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non intende discostarsi, secondo cui, *"nell'ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all'affidamento di un contratto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, A. P., 25/2/2014, n. 9; Sez. V, 12/10/2016, n. 4219; 15/7/2016, n. 3153; 21/7/2015, n. 3605; 25/2/2015, n. 927; Sez. III, 24/11/2016, n. 4930; 17/11/2015, n. 5249; Sez. IV, 15/9/2015, n. 4315)"*(Cons. Stato sez. V, sent. 5488 del 28.12.2016).

Risulta evidente che alla ricorrente concorrente non poteva essere consentito di ovviare all'omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell'ammissione alla gara (dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti di partecipazione relativi alla capacità tecnica professionale), mediante il ricorso al soccorso istruttorio.

Nel caso in esame è incontestato che la dichiarazione sostitutiva della First Security s.r.l. presentata a comprova della capacità tecnica e professionale contenesse un solo contratto (e non due) conforme a quanto prescritto dall'art. 7 comma 4 del Disciplinare, non potendosi ritenere idoneo ad attestare il possesso del requisito in questione la lettera di referenze bancarie, come puntualmente rilevato dall'amministrazione nel provvedimento impugnato.

Il secondo contratto per cui è causa risulta presentato, non a seguito di soccorso istruttorio, ma su autonoma iniziativa della ricorrente successivamente all'apertura delle buste contenenti le offerte. Né la successiva nota dell'Istituto del 16.03.2017, avente ad oggetto il soccorso istruttorio, contenente la richiesta della licenza prefettizia abilitativa alla attività di vigilanza rilasciata dalla Prefettura di Lecce alla ricorrente, può ritenersi idonea a superare i limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio come sopra precisati. E' indubbio, infatti, che una eventuale ammissione conseguente a tale richiesta della stazione appaltante sarebbe stata comunque illegittima per violazione della previsione del richiamato art. 83 comma 9.

Deve, pertanto, escludersi la possibilità che gli esiti del procedimento che hanno portato all'adozione della determina gravata avrebbero potuto essere diversi, non potendo in alcun modo incidere sulla legittimità dell'esclusione della ricorrente la questione relativa all'affitto d'azienda.

Per tutto quanto esposto il ricorso deve essere respinto.

7.- Le spese di giudizio, in considerazione dello sviluppo della vicenda, debbono essere eccezionalmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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