

L'acquisizione d'ufficio dei documenti necessari per l'istruttoria ex art. 18, comma 2, l. 241 del 1990, ed il soccorso istruttorio, in materia di appalti pubblici.

di Nicola Donadio

Data di pubblicazione: 28-8-2017

1. L'art. 18 comma 2 della legge n. 241 del 1990 che impone alle Amministrazioni procedenti di acquisire d'ufficio i documenti necessari all'istruttoria che già in loro possesso è norma generale che trova applicazione anche in materia di appalti pubblici.
2. L'esercizio del doveroso potere di "soccorso istruttorio" della stazione appaltante, sancito dall'art. 46, comma 1, d.lgs. 163/2006, non è consentito ogni qualvolta vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge o dal bando di gara. In siffatte ipotesi, infatti, il c.d. soccorso istruttorio incontra il limite della par condicio dei partecipanti alla gara, prevalente sul favor participationis.

Guida alla lettura

Con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici il legislatore ha disciplinato l'istituto dell'avvalimento recependo compiutamente nel nostro ordinamento le indicazioni provenienti dal diritto comunitario e poi dalle Direttive 17 e 18 del 2004. La Direttiva 31 marzo 2004 n. 2004/18/CE, infatti, nel disciplinare i requisiti di capacità economico-finanziaria nonché di capacità tecnico-professionale, prevede che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; per la direttiva, l'operatore in tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (art. 47 e, in termini simili, art. 48 dir. cit.).

L'istituto in esame consente la partecipazione ad operatori che, per le modeste dimensioni o per il loro recente ingresso nel mercato, non possiedono individualmente considerati tutti i requisiti richiesti dal bando, in modo tal da ampliare la concorrenza, in piena aderenza alle effettive intenzioni del legislatore comunitario. Ed infatti, le su richiamate direttive valutano positivamente sia l'interesse dell'amministrazione a selezionare soggetti che in ragione dei requisiti posseduti (economico finanziari e tecnico professionali) possono adempiere correttamente gli impegni contrattuali sia l'interesse generale a garantire l'ampliamento del mercato e della concorrenza. In altri termini, come ripetutamente affermato dalla nostra

giurisprudenza, lo scopo dell'istituto è quello di permettere «... *la massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con tali soggetti...*» (Cons. St., VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

Ad ogni modo, il pur lodevole intento del legislatore non esclude il pericolo di una utilizzazione distorta dell'istituto. Tant'è che fin da subito la dottrina ha manifestato il pericolo che potessero agire nel mercato imprese il cui intento fosse sostanzialmente quello di coordinare altre imprese, utilizzando i requisiti di ciascuna, senza che il soggetto coordinante possedesse alcuno dei requisiti richiesti dal bando di gara, pur risultando esso l'unico concorrente, nonché il possibile appaltatore. Ragion per cui, onde evitare pericolosi svuotamenti di responsabilità, la disciplina nazionale ha previsto, tra l'altro, che quando si ricorre all'avvalimento il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, come, peraltro, più di recente confermato dall'art. 63 dir. 2014/24/UE (e riprodotto nell'art 89, 4 comma, del nuovo codice del 2016).

Il contratto di avvalimento è qualificabile come contratto atipico, essendo presenti i tratti di figure contrattuali tipiche, quali il mandato di cui agli artt. 1703 e ss. c.c. e l'appalto di servizi, nonché gli aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice, per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto.

Tanto premesso, giova a rilevare che il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame ha sconfessato quanto affermato dal giudice amministrativo di prime cure (TAR Puglia, Lecce, Sezione II, n. 951 del 2016) laddove ha escluso dall'affidamento di un appalto di pulizia delle spiagge del Comune di Lecce l'appellante, in quanto la stessa *“non ha fornito adeguata dimostrazione di possedere il requisito della capacità tecnico organizzativa, richiesta dal bando di gara tra i requisiti di partecipazione previsti, ..., a pena di esclusione”*. I Giudici dell'appello accolgono, invero, quanto osservato dall'appellante, ovvero che nel caso di specie l'attestazione della particolare capacità tecnico organizzativa richiesta non fosse necessaria in quanto già in possesso della stazione appaltante, considerata la precedente opera prestata nei confronti proprio della stessa.

E' ormai pacifico che anche nella materia degli appalti trovi applicazione il principio dell'onere di non aggravamento della partecipazione dei concorrenti alla gara sotto il profilo del divieto di imporre ai partecipanti di produrre documenti che siano in possesso dell'Amministrazione (ciò che vale anche allorquando il soggetto aggiudicatore non sia una pubblica amministrazione) o siano in possesso di un'altra Pubblica Amministrazione. Principio che trova la sua regola generale nel secondo comma dell'art. 18 della l. 241q del 1990.

Come chiarito in dottrina ed in giurisprudenza, la norma è di sicuro ispirata ai principi di speditezza, economia procedimentale e divieto di inutile aggravamento enunciati dall'art. 1 della stessa legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990. Del resto, il su richiamato art. 18 della l. 241 del 1990, laddove impone alle amministrazioni procedenti di acquisire d'ufficio i documenti, necessari all'istruttoria, già in loro possesso, è norma di portata generale. Ciò, unitamente alla *“insussistenza di espresse deroghe o eccezioni al loro ambito*

d'applicazione oggettivo e l'assenza, nella normativa disciplinante le procedure di affidamento di appalti pubblici, di puntuali previsioni che impediscano espressamente l'acquisizione degli attestati in possesso delle amministrazioni aggiudicatrici, precludono che possano essere escluse dal perimetro applicativo della normativa citata le procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, nonché impongono di interpretarla ed applicarla, anche in ossequio al principio del "favor participationis" ed in conformità ai recepiti principi di semplificazione amministrativa, a tale tipologia di procedimenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 6947 del 2011 e Consiglio Stato, sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4011).

Peraltro, come ribadito in limine nella pronuncia in esame, nel caso di specie era doverosa quanto meno una richiesta di chiarimenti, nel doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio. Il Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito, con modificazioni in Legge 11 agosto 2014, n. 114 ha disciplinato l'istituto del cd. soccorso istruttorio nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione di lavori, servizi e forniture, nell'intento di garantire il rispetto dei principi comunitari di massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità nelle procedure di gara e con lo scopo di evitare che le esclusioni possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali, la cui osservanza, pertanto, non risponde ad alcun apprezzabile interesse pubblico.

Il soccorso istruttorio consiste, in sostanza, nella possibilità, per le stazioni appaltanti, nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, di invitare, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

In via di principio, dunque, l'esclusione dalla gara non è più legittimata da carenze originarie, bensì dalla mancata regolarizzazione degli elementi e delle dichiarazioni carenti, entro il termine tassativo assegnato dalla Stazione appaltante (Ad.Pl. Cons. St. n. 16 del 30 luglio 2014).

Il dettato legislativo, per la sua formulazione, necessariamente generica, necessita di tipizzazione, anche e soprattutto di carattere giurisprudenziale, con riguardo alle ipotesi nelle quali può farsi ricorso, in attuazione dei su citati principi, al soccorso istruttorio.

All'esigenza di integrazione del dato normativo risponde, tra l'altro, la recente Determina dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, n. 1, dell'8 gennaio 2015 sui "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163", la quale – sulla base del principio per il quale la nuova disciplina del soccorso istruttorio non può comunque essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla *lex specialis* di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda – individua una serie di fattispecie concrete costituenti il presupposto legittimo per l'applicazione dell'istituto.

In particolare, l'istituto de quo è stato introdotto nel nostro ordinamento, dall'art. 46, primo

comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006 secondo cui «*le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*».

Tale norma, strettamente connessa con quella che contempla il principio di tassatività (il secondo comma del su riferito art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2016, ove è statuito che la stazione appaltante esclude i concorrenti soltanto nei casi previsti dalla legge e nelle ipotesi elencate nella disposizione in esame e che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione e se lo fanno dette prescrizioni sono nulle) deve essere intesa nel senso che occorre tenere separati i concetti di regolarizzazione documentale e di integrazione documentale. La prima consiste, infatti, nel «completare dichiarazioni o documenti già presentati» dall'operatore economico, ed è ammessa al fine assicurare, evitando inutili formalismi, il principio della massima partecipazione. L'integrazione documentale consiste, invece, nell'introdurre nel procedimento nuovi documenti, ed è vietata per garantire il principio della parità di trattamento. La distinzione è superabile in presenza di «clausole ambigue» che autorizzano il soccorso istruttorio anche mediante integrazione documentale (sentenza n. 9 del 2014, cit.).

In altri termini, *“il soccorso istruttorio ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 29 maggio 2014 n. 2778).

Come precisato dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, *“l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. “potere di soccorso”, avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura”*, anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione.

Ovviamente ciò vale, come nel caso di specie, per le controversie in essere anteriormente all'entrata in vigore del “nuovo” Codice degli appalti (d.lgs n. 50 del 2016) e del relativo correttivo che hanno operato importanti e rilevanti modifiche alla materia in esame.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5165 del 2016, proposto da:
Teknoservice s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Cento 18 Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ugo Luca Savio De Luca, Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio Maria Grazia Perulli in Roma, via Federico Rosazza, 32;

nei confronti di

Comune di Lecce, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Laura Astuto, Elisabetta Ciulla, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Baldassarre in Roma, corso Trieste, 155;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione II, n. 00951/2016, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di pulizia delle spiagge libere del litorale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cento 18 Ambiente s.r.l. e del Comune di Lecce;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Angelo Giuseppe Orofino, Ugo De Luca anche per Saverio Sticchi Damiani, Gabriele Pafundi su delega dell'avvocato Elisabetta Ciulla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La Teknoservice s.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza 14 giugno 2016, n. 951 del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, sez. II, con la quale è stato in parte respinto il ricorso principale di Cento 18 Ambiente s.r.l. relativamente al provvedimento recante la propria esclusione, ed in parte accolto, in relazione all'ammissione alla gara della Teknoservice s.r.l., mentre è stato dichiarato improcedibile il ricorso incidentale della stessa società Teknoservice.

La controversia concerne, in particolare, l'affidamento dell'appalto del servizio di pulizia delle spiagge libere del litorale del Comune di Lecce, per un periodo di quarantatre mesi.

Al procedimento di gara hanno partecipato la Teknoservice e la Cento 18 Ambiente s.r.l.; all'esito della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione la prima impresa, odierna appellante, è stata ammessa alla gara, mentre la seconda è stata esclusa.

Con il ricorso in primo grado la Cento 18 Ambiente ha impugnato la propria esclusione ed anche la valutazione di ammissione dell'offerta della Teknoservice; quest'ultima ha esperito ricorso incidentale deducendo un ulteriore motivo di esclusione della Cento 18 Ambiente, e cioè la mancanza dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali per la categoria 1, classe C.

2. - La sentenza qui appellata, come esposto, ha confermato la legittimità dell'esclusione della Cento 18 Ambiente, ritenendo al contempo sussistente l'interesse strumentale della medesima a gravare il provvedimento di ammissione della Teknoservice e fondato il relativo mezzo; ha infine ritenuto improcedibile il ricorso incidentale della stessa Teknoservice.

3. - L'appello censura la sentenza deducendo che l'impresa esclusa dalla gara non è legittimata ad impugnare l'ammissione di altro operatore economico, contestando in ogni caso le ragioni della ritenuta esclusione di Teknoservice, oltre che il possesso del requisito dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali da parte di Cento 18 Ambiente.

4. - La Cento 18 Ambiente s.r.l. ha proposto appello incidentale censurando essenzialmente la statuizione di primo grado che ha ritenuto legittima la sua esclusione dalla gara.

5. - Si è altresì costituito in resistenza il Comune di Lecce concludendo per l'accoglimento dell'appello principale.

6. - All'udienza pubblica del 19 gennaio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Ritiene il Collegio di prescindere dalla disamina del primo motivo di appello (con cui è censurata la sentenza per avere riconosciuto la legittimazione della Cento Ambiente s.r.l. ad impugnare l'ammissione alla gara di Teknoservice, in asserita violazione dell'art. 2-bis della direttiva 1989/665/CEE, alla cui stregua non sono "interessati" gli operatori economici offerenti già definitivamente esclusi), in quanto involge profili processuali necessitanti di ulteriore approfondimento, non necessario in questa sede, laddove risultano fondate le ulteriori censure di merito dedotte.

2. - In particolare, con il secondo motivo di appello si lamenta che la sentenza ha erroneamente ritenuto che Teknoservice doveva essere esclusa dalla gara per mancata produzione, a comprova dei requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione, delle attestazioni dimostranti lo svolgimento "con buon esito" di almeno due servizi analoghi presso due committenti pubblici o privati, avendo presentato attestazioni fornite dalla ditta ausiliaria (Bios s.r.l.) concernenti il servizio svolto presso il Comune di Lecce, e cioè presso la stessa stazione appaltante (per giunta, l'ufficio competente al rilascio della certificazione è lo stesso che ha condotto la gara), in ogni caso regolarizzabili all'esito del soccorso istruttorio.

Il motivo è fondato.

Giova infatti rilevare anzitutto che la richiesta avanzata in data 11 aprile 2015 (ma verosimilmente consegnata in data 11 maggio 2015) da Bios s.r.l. al Comune di Lecce era quella del rilascio di una «certificazione attestante l'esecuzione, con buon esito, negli anni 2011, 2012 e 2013, da parte di Bios s.r.l., del servizio di pulizia delle spiagge e arenili delle marine leccesi», il che evidenzia di per sé una incompletezza dell'attestazione comunale, non imputabile all'appellante.

Emerge peraltro dalla "attestazione di servizio" rilasciata dall'Amministrazione comunale di Lecce in data 16 giugno 2016, versata in atti dall'appellante (doc. 4F), che il servizio è stato svolto da Bios s.r.l. "con buon esito".

Quanto meno, dunque, appare erroneo l'assunto motivazionale della sentenza di prime cure laddove ha affermato che *«pur essendo condivisibile ritenere che l'amministrazione procedente non possa obbligare il concorrente alla produzione di documenti che già essa detiene, ciò che va posto in risalto è proprio il fatto che le attestazioni possedute dal Comune sono deficitarie nella prospettiva della dimostrazione del requisito richiesto dal bando di gara»*. E', piuttosto, vero che l'Amministrazione ha reso in data 27 maggio 2015 ed in data 29 maggio 2015 attestazioni di servizio incomplete, come, del resto, dimostra l'attestazione, a posteriori, del 16 giugno 2016, in cui si dà atto della regolare esecuzione del servizio.

Tale situazione, di per sé, giustificava quanto meno una richiesta di chiarimenti, nel doveroso esercizio del potere di soccorso istruttorio.

In linea di principio, appare peraltro condivisibile anche la tesi esposta in via principale dall'appellante secondo cui l'attestazione del "buon esito" dei servizi di pulizia spiagge svolti non era nel caso di specie necessaria, essendo questi stati prestati nei confronti dello stesso Comune di Lecce, che ha bandito la gara per cui è controversia.

Ed infatti, ai sensi dell'art. 18, comma 2, della legge n. 241 del 1990, le Amministrazioni che bandiscono una gara pubblica devono acquisire d'ufficio i documenti necessari all'istruttoria già in loro possesso, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa ed in ossequio al divieto di aggravamento del procedimento (Cons. Stato, V, 28 dicembre 2011, n. 6947; IV, 16 luglio 2007, n. 4011).

Né può fondatamente sostenersi che l'esigenza del rispetto della *par condicio* che informa il procedimento di gara sia incompatibile con l'applicazione del menzionato art. 18.

Anche nella fattispecie in esame, occorre rilevare che il requisito di partecipazione, previsto a pena di esclusione, è quello, contenutistico, «*dell'espletamento, nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando dei servizi pulizia spiagge, svolti con buon esito, in almeno due Enti Pubblici o Privati*», e non è inferibile dal bando (non impugnato) una deroga che possa indurre a negare l'operatività della disposizione dell'art. 18 della legge sul procedimento amministrativo.

3. - Il terzo motivo dell'appello principale concerne poi la statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale di primo grado esperito da Teknoservice per ottenere l'esclusione della Cento 18 Ambiente s.r.l., in quanto asseritamente non in possesso del requisito di partecipazione dell'iscrizione all'albo gestori rifiuti ambientali per raccolta e trasporto di rifiuti urbani ed assimilabili (categoria 1, classe C), non suscettibile di avvalimento.

Ritiene il Collegio che tale motivo risulta logicamente gradato alla disamina dell'appello incidentale, atteso che solo ove lo stesso sia fondato, è ravvisabile l'utilità pratica, in capo a Teknoservice, a scrutinare un ulteriore motivo di esclusione della Cento 18 Ambiente s.r.l.

4. - Ai fini dell'esame dell'appello incidentale, va precisato che la sentenza appellata ha ritenuto legittima l'esclusione della società Cento 18 Ambiente per avere dato luogo ad un'inammissibile variazione dell'oggetto del contratto di avvalimento (intercedente con la Gial Plast s.r.l.), modificando unilateralmente, in sede di verifica dei requisiti, le percentuali di partecipazione alla gara con riguardo al fatturato specifico richiesto tra i requisiti di capacità economico-finanziaria (in particolare, il fatturato della Cento 18 Ambiente è passato da euro 439.065,48 a euro 418.636,09, con conseguente incremento della quota di Gial Plast da euro 250.000,00 ad euro 643.852,56).

L'assunto dell'appellante incidentale è che in sede di verifica abbia inteso dimostrare il possesso del requisito relativo al fatturato specifico non già nella misura ridotta, bensì nella misura integrale riveniente dalla dichiarazione rilasciata in sede di partecipazione alla gara.

Il motivo dell'impugnazione incidentale non appare meritevole di positiva valutazione.

Ed infatti dopo la presentazione dell'offerta non è possibile variare le percentuali di partecipazione dell'impresa ausiliata e di quella ausiliare, tanto più in assenza di un consenso di entrambe le parti, e dunque unilateralmente.

Legittimamente dunque la stazione appaltante ha ritenuto che la Cento 18 Ambiente non abbia comprovato il requisito relativo al fatturato specifico in modo corrispondente a quanto dichiarato nell'offerta, ciò integrando un'ipotesi di esclusione ai sensi dell'art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006.

5. - Discende da quanto precede che non occorre scrutinare, nella prospettiva dell'interesse al ricorso, il terzo motivo dell'appello principale, come pure i motivi dedotti sub "B" dell'appello incidentale.

6. - In definitiva, alla stregua di quanto esposto, l'appello principale deve essere accolto nei termini di cui alla motivazione, con conseguente riforma della sentenza di primo grado nel senso della reiezione del ricorso di Cento 18 Ambiente s.r.l. avverso l'esclusione dalla gara di Teknoservice s.r.l., mentre l'appello incidentale deve essere respinto.

Si ravvisano, in relazione alla situazione di parziale soccombenza reciproca, i motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e respinge quello incidentale, e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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