

## Sulla valenza integrativa del soccorso istruttorio in sede di gara

di Gianluca Angelini

Data di pubblicazione: 1-4-2022

All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi in sede di gara pubblica non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante; l'attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, d.lgs. n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell'estendere l'ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo». Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all'offerta economica e all'offerta tecnica», e dalla «carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»

Si premetta un breve excursus sull'istituto del soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio, previsto dalla direttiva n. 71/305/CEE, è entrato a far parte del nostro ordinamento soltanto con il decreto legislativo n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), la cui disciplina era regolata dall'articolo 46, a tenore del quale il soccorso istruttorio era inteso non come una facoltà, ma come "un doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti"(Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 9 del 25/02/2014).

Con la citata sentenza, la Plenaria ha affermato i seguenti principi:

- tassatività delle cause di esclusione si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici;
- nel caso di omissione di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara, in particolare da una clausola univoca, l'integrazione non è consentita, determinando la violazione della par condicio, mentre è consentita la mera regolarizzazione, di regola consistente nella rettifica di errori materiali e di refusi; inoltre, è possibile completare dichiarazioni o documenti già presentati, ma con esclusivo riferimento ai requisiti soggettivi di partecipazione, non potendo il soccorso istruttorio essere invocato per integrare l'offerta, salva, anche in tal caso, la rettifica di errori materiali o di refusi; il soccorso istruttorio comprende anche la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati, e di interpretare le clausole ambigue;
- legittimità, ai sensi dell'articolo 46 comma 1-bis del medesimo codice, delle clausole dei bandi

di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali;

- il “potere di soccorso” sancito dall'articolo 46, comma 1 del medesimo codice “... non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”;

- la mera previsione di adempimento cartolare, inserita nella lex specialis a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti quei casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta;

- il potere di soccorso sancito dall'articolo 6, comma 1, lettera b) legge 7 agosto 1990 n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima, per violazione dell'articolo 6, comma 1, lett. b) legge 7 agosto 1990 n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione, la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quella di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale.

Il decreto-legge n. 70/2011, con l'aggiunta del comma 1-bis all'articolo 46, ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, limitando, così, la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'individuazione, nella lex specialis di gara, degli adempimenti richiesti a pena di esclusione e, di conseguenza, di incidere sull'ambito applicativo del soccorso istruttorio. Con la novella normativa, l'esclusione dalla gara poteva avvenire solo nei casi di mancato adempimento di obblighi avente una precisa fonte legislativa o regolamentare, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. La norma, inoltre, vietava, a pena di nullità, l'inserimento di ulteriori prescrizioni di esclusione nei bandi o nelle lettere di invito.

Con l'entrata in vigore del decreto-legge n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, i confini applicativi sono stati estesi con l'introduzione, all'interno del vecchio Codice degli appalti, degli articoli 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter.

Il primo stabiliva che la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive obbligasse il partecipante al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, e che quest'ultima assegnasse (dovere, non facoltà) al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti obbligati a renderle.

Il secondo precisava che le disposizioni previste dall'articolo 38, comma 2-bis, si applicavano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che dovevano essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara.

In materia interveniva l'Autorità Nazionale Anticorruzione (c.d. ANAC) con la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, la quale ha precisato che, con la nozione di "irregolarità essenziale", la norma ha voluto riferirsi "ad ogni irregolarità nella redazione della dichiarazione, oltre all'omissione e all'incompletezza, che non consenta alla stazione appaltante di individuare con chiarezza il soggetto ed il contenuto della dichiarazione stessa, ai fini dell'individuazione dei singoli requisiti di ordine generale che devono essere posseduti dal concorrente e, in alcuni casi, per esso dai soggetti specificamente indicati dallo stesso articolo 38, comma 1, del Codice."

Con la determina in esame, l'A.N.AC. ha altresì evidenziato la sanabilità di qualsiasi carenza, con i soli limiti immodificabili del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Dunque, il procedimento in esame determinava l'esclusione dalla gara soltanto nell'ipotesi di reale mancanza dei requisiti di partecipazione o, comunque, di regolarizzazione ed integrazione delle dichiarazioni.

Con la legge n. 114/2014 di conversione del decreto-legge n. 90/2014, in ottemperanza alla Direttiva Appalti 24/2014/UE, sono stati introdotti i commi 2-bis ed 1-ter (contrariamente a quanto disposto dall'Adunanza n. 9/2014), rispettivamente agli articoli 38 e 46 del decreto legislativo n. 163/2006. Viene decretato definitivamente l'ammissibilità del soccorso istruttorio; la norma ha così approntato una modalità di "semplificazione degli oneri formali" imposti ai concorrenti, anche al fine di contrarre il contenzioso in materia. Le irregolarità si possono suddividere in tre categorie:

- Irregolarità non essenziali per le quali né portano all'esclusione del candidato né la stazione appaltante è tenuta ad invitare il concorrente a regolarizzare la propria posizione, fermo restando la possibilità di procedervi ugualmente per quest'ultimo;
- Irregolarità insanabili ovvero quelle relative "ai casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta" ed altre previste dall'articolo 46, comportanti l'esclusione del privato;
- Irregolarità essenziali ma sanabili relative alle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 dell'articolo 38, per le quali la stazione appaltante è tenuta ad assegnare al privato un termine non superiore a 10 giorni per regolarizzare la propria posizione, dietro il pagamento una sanzione pecuniaria (cd soccorso istruttorio oneroso).

Con la suddetta novella legislativa, il soccorso istruttorio è stato “procedimentalizzato”, divenendo doveroso per ogni ipotesi di omissione o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni rese in sede di gara.

La disciplina è stata ulteriormente innovata con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici, approvato con decreto legislativo n. 50/2016 che con l'articolo 83, comma 9 conferma in buona sostanza il precedente quadro normativo, tenendo ferma la distinzione tra violazione essenziale (non sanabile) e violazione non essenziale (sanabile). La normativa riconferma il divieto di integrazione dell'offerta tecnica ed economica. Scompare l'automatismo dell'irrogazione della sanzione in caso di violazione sanabile, da applicare solo nel caso in cui il concorrente voglia avvalersi del meccanismo sanante. Per quanto riguarda le irregolarità non essenziali, la stazione appaltante viene onerata anche in questo caso della richiesta di regolarizzazione, seguendo la stessa procedura delle violazioni sanabili ed il concorrente è escluso ove non presenti la relativa documentazione, fermo restando la gratuità di questa fattispecie.

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 56/2017 (c.d. correttivo al Codice) il riferimento alla sanzione pecuniaria è stato soppresso. Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha rilevato che la modifica proposta in relazione al comma 9 intende innovare radicalmente l'istituto del soccorso istruttorio, che assume un rilievo centrale, per un efficiente svolgimento della procedura di gara, anche in funzione di prevenzione del contenzioso, agendo su due aspetti essenziali della disciplina:

- la soppressione di ogni onere economico per la regolarizzazione della documentazione;
- la ridefinizione dell'ambito entro cui è ammesso il soccorso istruttorio.

L'istituto risponde all'esigenza di assicurare la più ampia partecipazione possibile alle gare evitando, pur nel rispetto della parità di trattamento, che il numero dei concorrenti ammessi venga ridotto – con correlata contrazione della concorrenza – per carenze meramente formali della documentazione presentata dagli operatori economici.

Nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici tale istituto, disciplinato come detto dall'articolo 83, comma 9 del decreto legislativo 50/2016, riveste un'importanza fondamentale in quanto dà la possibilità ai partecipanti di ovviare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di dichiarazioni e/o documenti utili ai fini della partecipazione alla gara, e, quindi, di effettuare un adeguato ed equo contemperamento tra l'interesse pubblico e gli altri interessi implicati nel procedimento.

In linea generale, l'istituto del soccorso istruttorio tende a evitare che irregolarità e inadempimenti meramente formali possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975), sicché “In assenza dell'attivazione del soccorso istruttorio, l'esclusione del

concorrente dalla gara per mancata produzione della dichiarazione circa i requisiti prescritti può ritenersi illegittima solo laddove, nel corso del giudizio, il concorrente stesso abbia dato prova del possesso dei requisiti suddetti (Cons. Stato, V, 10 aprile 2018, n. 2180; V, 11 dicembre 2017, n. 5826)” (così Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2242).

Ebbene, ciò premesso, la Sezione è tornata su un importante principio di diritto già delibato dal Massimo Consesso amministrativo che prende le mosse dall'assunto per cui i principi di legge sul procedimento amministrativo?attribuiscono al responsabile del procedimento?il compito di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete (legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 6, comma 2, lettera b).

Nonostante la suddetta disposizione indichi che il responsabile del procedimento «può chiedere», la giurisprudenza ha finito per considerare il c.d. soccorso istruttorio come un dovere e non come una mera facoltà, cosicché già nel 2012 (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248) si aveva avuto modo di affermare che “... ai sensi dell'art. 6 della L. n. 241 del 1990 è prevista la generale possibilità di chiedere la regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta (c.d. soccorso istruttorio).

*Anche se non è previsto un obbligo assoluto e incondizionato in tal senso, dovendo comunque essere rispettati alcuni limiti, quali quello della par condicio (che ne esclude l'utilizzazione suppletiva nel caso dell'inosservanza di adempimenti procedurali significativi) ed il c.d. limite degli elementi essenziali (nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda), detta norma va necessariamente applicata dall'Amministrazione qualora gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione ad una procedura come quella che occupa non espressamente documentato, come nel caso di specie.*

*Il "dovere di soccorso istruttorio", in base al quale le Amministrazioni possono invitare i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, è quindi subordinato, oltre che al rispetto di detti limiti, alla esistenza in atti di dichiarazioni che siano state effettivamente rese, ancorché non in modo pienamente intellegibile o senza il rispetto dei requisiti formali...*

*Il dovere di soccorso istruttorio previsto all'art. 6, lett. b), l. n. 241 del 1990, e il generale favore per la partecipazione, trovano infatti un limite insuperabile nell'esigenza di garantire la "par condicio" dei candidati. È, infatti, indubbio che il principio di "par condicio" risulterebbe violato se le opportunità di regolarizzazione, chiarimento o integrazione documentale si traducevano in occasione di aggiustamento postumo di irregolarità gravi e non sanabili, cioè in espediente per eludere le conseguenze associate dalla legge o dal bando all'inosservanza di prescrizioni tassative, imposte a pena di esclusione...*

E' del tutto evidente, quindi, che l'istituto è volto a garantire la massima collaborazione possibile tra privato ed amministrazione pubblica e, nel contempo, il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento, con il risultato che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici.

Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza.

Mentre nei procedimenti non comparativi il soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata applicativa, nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi ? segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti ? che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra 'regolarizzazione', generalmente ammessa, ed 'integrazione' documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un vulnus del principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure.

All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante.

L'attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell'estendere l'ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo».

Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all'offerta economica e all'offerta tecnica», e dalla «carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato.

Resta fermo che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione (alla data di presentazione della domanda) non è sanabile e determina l'esclusione dalla procedura di gara.

Il soccorso istruttorio è espressione del 'giusto procedimento' e sottende una puntuale direttrice di valore: le regole precettive che disciplinano l'azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l'ordinamento, tramite di esse, intende presidiare.

La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali rationes: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruzione; dall'altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l'Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato).

Lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici.

Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva.

Nel solco della stessa direttrice valoriale si colloca, in tema di avvalimento, anche l'art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante impone «all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione».

Nel caso ad esame della pronunzia in parola, la Sezione non ha ravvisato un uso distorto del soccorso istruttorio.

La Stazione Appaltante ha consentito infatti di documentare attraverso la esibizione dei bilanci il possesso in proprio ed ex ante del requisito specifico del fatturato.

Siffatta produzione non implica nessuna modifica della domanda di partecipazione né, tanto meno, dell'offerta, ragione per cui è del tutto fuorviante parlare di «novazione», espressione che nel lessico giuridico alluderebbe ad una modifica della 'base negoziale' posta a base della partecipazione in gara.

Per di più, il possesso in proprio del requisito del fatturato globale emergeva anche dalla documentazione prodotta unitamente alla domanda di partecipazione, ed in particolare dal possesso dell'attestato SOA per le categorie e qualifiche prescritte dalla lex specialis.

In definitiva, la Stazione Appaltante ha fatto buon governo della legge e dello stesso disciplinare che, all'art. 14, nel delineare i presupposti e le modalità del soccorso istruttorio prevedeva che *«la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta»*.

Pubblicato il 24/02/2022

**N. 01308/2022REG.PROV.COLL.**

**N. 03509/2021 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3509 del 2021, proposto da SOCIETÀ INTERNAZIONALE COSTRUZIONE IMPIANTI S.R.L., CO.I.FA. S.R.L., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Francesco Lilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

CPL CONCORDIA SOC. COOP., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Lombardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Modena, via V. Borelli, n. 1;  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI NAPOLI FEDERICO II, in persona del Rettore rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

***nei confronti***

RESEARCH CONSORZIO STABILE SCARL, DEVI IMPIANTI S.R.L., non costituiti in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 1528 del 2021;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti in epigrafe;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2022 il Cons. Dario Simeoli;

Nessuno è presente per le parti costituite;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.? I fatti principali, utili ai fini del decidere, possono essere così sintetizzati:

- in data 4 luglio 2019, l'Università degli Studi di Napoli Federico II indiceva una procedura aperta per l'affidamento del «Servizio di Conduzione e Manutenzione presso Edifici UNINA in sei lotti», da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- la Società Internazionale Costruzione Impianti S.R.L. (di seguito: 'SICI') partecipava alla suddetta procedura in relazione al lotto n. 3, relativo al "Servizio di Conduzione e Manutenzione degli impianti e delle strutture di competenza dell'Ufficio Tecnico Area Centro 3", della durata di 6 anni e l'importo a base d'asta di € 7.209.674,58;
- con provvedimento del 26 settembre 2019, la Stazione appaltante disponeva l'esclusione dalla gara della SICI, in quanto ritenuta carente del requisito di capacità economico finanziaria di cui al paragrafo 7.2.c), del disciplinare, relativo al fatturato globale minimo annuo, requisito non integrato dal contratto di avvalimento stipulato con la Research Consorzio Stabile a r.l., avente ad oggetto esclusivamente il requisito di capacità tecnica e professionale (previsto al punto 7.3, lettera g.1), relativo all'esecuzione servizi analoghi;
- con istanza di autotutela del 30 settembre 2019, la SICI deduceva di possedere in proprio il requisito di capacità economico finanziaria di cui al paragrafo 7.2.c), senza necessità dell'avvalimento;
- con provvedimento prot. 0104112 del 17 ottobre 2019, la Stazione appaltante, in accoglimento della predetta istanza, annullava in autotutela il provvedimento di esclusione, disponendone la riammissione;
- all'esito della valutazione delle offerte, la SICI risultava al primo posto della graduatoria di gara, avendo formulato l'offerta economicamente più vantaggiosa, con un punteggio pari a

punti 91,279, e conseguentemente, con provvedimento dirigenziale del 16 marzo 2020, la Stazione appaltante disponeva in suo favore l'aggiudicazione definitiva;

- con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, la CPL Concordia società cooperativa (di seguito: 'CPL'), posizionatasi al secondo posto della graduatoria con punteggio pari a 86,794, impugnava l'esito della procedura di gara, lamentando che:

i) SICI, in sede di gara, aveva dichiarato di far ricorso all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla carenza del requisito di capacità economica e finanziaria di cui al par. 7.2.c), e dei requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al par. 7.3.g.1) e g3): il contratto di avvalimento, però, non riportava alcun impegno da parte dell'ausiliaria a prestare il requisito di capacità economico-finanziaria ma soltanto quello di capacità tecnica professionale;

ii) il contratto di avvalimento tra SICI ed il Consorzio Reserach, pur avendo ad oggetto il prestito del requisito di "esperienza pregressa" (punto 7.3 del disciplinare), non conteneva «l'impegno dell'ausiliaria ad assumere un ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio, e non solo a trasmettere all'ausiliata il know how e la struttura organizzativa dall'esterno», con conseguente nullità del contratto di avvalimento;

iii) la SICI avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di affidamento anche a causa dell'assoluta carenza della dichiarazione ai sensi dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016: in particolare, sarebbe dovuto risultare chiaramente, dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante, che quest'ultima prestava le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificavano l'attribuzione del requisito;

- con successivi motivi aggiunti, la CPL lamentava che la riammissione di SICI era stata determinata da un illegittimo ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, per aver il seggio di gara ammesso la controinteressata a rettificare la dichiarazione integrativa (relativa al modello A2), sotto il profilo dell'afferenza del contratto di avvalimento al solo requisito di capacità tecnico professionale (e non anche al requisito di fatturato globale), e ad allegare documentazione essenziale non tempestivamente prodotta in sede di gara;

- la SICI proponeva ricorso incidentale, censurando a sua volta l'omessa esclusione di CPL dalla gara.

2.? Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, con sentenza n. 1528 dell'8 marzo 2021: i) respingeva il ricorso incidentale proposto dalla SICI volto ad ottenere l'esclusione dalla gara della società ricorrente; ii) respingeva l'eccezione di irricevibilità dei motivi aggiunti per tardività; iii) in accoglimento del primo motivo di ricorso e del primo motivo aggiunto, annullava l'aggiudicazione, dichiarando l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 del c.p.a..

3.? Avverso la sentenza di primo grado la SICI ha proposto appello, adducendo che:

- il primo motivo di ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, perché il contenuto

della doglianza non era rispondente alla effettiva valutazione operata dalla stazione appaltante in sede di autotutela;

- il primo motivo aggiunto avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile, in quanto tutti gli atti di cui si compone l'istruttoria sottesa alla riammissione in gara erano specificamente ed espressamente menzionati nel verbale di gara del 16 ottobre 2019; peraltro, con l'istanza di accesso del 29 gennaio 2020, CPL aveva dimostrato di conoscere l'esito della gara e i relativi atti presupposti;

- nel merito, non ci sarebbe dubbio sul fatto che l'attivazione del soccorso istruttorio era non solo ammessa, ma anche doverosa, a fronte del possesso in proprio ed ex ante del requisito di fatturato globale di cui al paragrafo 7.2. del disciplinare;

- la pronuncia di inefficacia del contratto sarebbe altresì erronea, in quanto non terrebbe conto dell'effettivo avvio del servizio a far data dal 1 aprile 2020, degli investimenti profusi dall'appaltatore e del conseguente radicamento nell'appalto.

4.? L'Università degli Studi di Napoli Federico II ha spiegato appello incidentale, argomentando anch'essa l'erroneità della sentenza di primo grado e insistendo affinché il ricorso in prime cure venga respinto.

5.? La CPL si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto del gravame e riproponendo il secondo motivo di ricorso e il secondo motivo aggiunto, rimasti assorbiti in primo grado.

Con tali doglianze, la società appellata contesta che SICI avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara anche sotto un altro profilo: il contratto di avvalimento stipulato tra SICI ed il Consorzio Research, avente ad oggetto il solo prestito del requisito di capacità tecnica professionale, sarebbe nullo in quanto carente dell'impegno da parte dell'ausiliaria ad eseguire le prestazioni direttamente ai sensi dell'art. 89, comma 1, del codice dei contratti, e dunque dell'impegno ad assumere un ruolo diretto, operativo ed esecutivo.

6.? Con ordinanza n. 3078 del 9 giugno 2021, la Sezione ? rilevato che *«nelle more della decisione del merito, nella comparazione tra i contrapposti interessi, prevale l'esigenza di mantenere integra la res iudicanda, assicurando la continuità del servizio in corso di esecuzione»* ? ha accolto l'istanza cautelare e, per l'effetto, ha sospeso l'esecutività della sentenza appellata.

7.? All'odierna udienza del 3 febbraio 2022, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.? Vanno esaminati congiuntamente l'appello principale e incidentale.

1.1.? Come già precisato nella premessa in fatto, il disciplinare di gara aveva previsto:

- al punto 7.2., come requisito di capacità economico-finanziaria, un fatturato globale minimo annuo, nel triennio 2016/2018, pari a €1.201.612,43, oltre IVA;

- al punto 7.3., quale requisito di requisiti di capacità tecnica e professionale, aveva richiesto l'«esecuzione servizi/lavori analoghi: g.1) Per la parte SERVIZI: Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio (inteso quale somma degli importi del triennio antecedente a far data dal mese precedente alla pubblicazione del presente bando) servizi identici e/o analoghi a quelli oggetto dell'appalto presso enti pubblici o privati per un importo non inferiore a: (...) g3) per il lotto 3 ad € 1.181.612,43, oltre IVA».

La SICI, nella documentazione presentata per la partecipazione alla gara ? ed in particolare, nella dichiarazione di cui all'allegato A2 ?, aveva indicato di possedere «in misura parziale» entrambi i requisiti, e di voler fare per essi ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Il mancato riferimento nel contratto di avvalimento anche al requisito economico-finanziario di cui al punto 7.2 aveva così indotto inizialmente la stazione appaltante ad escludere SICI s.r.l. dalla gara.

La SICI aveva quindi proposto istanza di riammissione in autotutela, rappresentando che il requisito economico-finanziario era posseduto in proprio, come era dimostrabile dai bilanci di esercizio che si chiedeva di esibire attraverso il soccorso istruttorio.

La stazione appaltante, riscontrati favorevolmente i dati di bilancio, riammetteva la SICI.

1.2? Ebbene, secondo il giudice di primo grado, non sarebbe consentito modificare i contenuti della domanda di partecipazione e delle connesse dichiarazioni in un tempo successivo rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, addirittura integrando la relativa documentazione probatoria, trattandosi di una vera e propria «novazione della domanda», in violazione della perentorietà del termine di presentazione delle offerte.

L'argomentazione della commissione di gara ? che ha ritenuto di «far prevalere la sostanza sulla forma», assegnando decisiva rilevanza all'effettivo possesso del requisito ? sarebbe dunque illegittima.

1.3.? Ritiene il Collegio che tale statuizione del Tribunale Amministrativo regionale è erronea.

2.? Come è noto, la legge generale sul procedimento amministrativo?attribuisce al responsabile del procedimento?il compito di chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete (legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 6, comma 2, lettera b).

Nonostante la suddetta disposizione indichi che il responsabile del procedimento «può chiedere», la giurisprudenza ha finito per considerare il c.d. soccorso istruttorio come un dovere e non come una mera facoltà?(cfr. *ex plurimis*: Consiglio di Stato, sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248);

L'istituto è volto a garantire la massima collaborazione possibile tra privato ed amministrazione pubblica e, nel contempo, il soddisfacimento della comune esigenza alla definizione del relativo procedimento, con il risultato che l'esclusione da una procedura amministrativa per motivi di carattere squisitamente formale è giustificata soltanto se necessario per la tutela di contrapposti valori giuridici.

Se tale necessità non ricorre, è lo stesso principio di proporzionalità a rendere irragionevole l'adozione di un provvedimento negativo basato sulla mera incompletezza o erroneità dell'istanza.

2.1.? Mentre nei procedimenti non comparativi il soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata applicativa, nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi ? segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti ? che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra 'regolarizzazione', generalmente ammessa, ed 'integrazione' documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un *vulnus* del principio di parità di trattamento tra i concorrenti.

Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure.

All'esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante.

L'attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell'estendere l'ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo».

Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all'offerta economica e all'offerta tecnica», e dalla «carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».

È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato.

Resta fermo che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione (alla data di presentazione della domanda) non è sanabile e determina l'esclusione dalla procedura di gara.

2.2.? Il soccorso istruttorio è espressione del 'giusto procedimento' e sottende una puntuale direttrice di valore: le regole precettive che disciplinano l'azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l'ordinamento, tramite di esse, intende presidiare.

La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali rationes: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruzione; dall'altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l'Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato).

Lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici.

Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva.

Nel solco della stessa direttrice valoriale si colloca, in tema di avvalimento, anche l'art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante impone «all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione».

2.3.? Su queste basi, è evidente come, nel caso di specie, non sia ravvisabile un uso distorto del soccorso istruttorio.

L'Amministrazione ha consentito infatti di documentare (attraverso l'allegazione dei bilanci) il possesso in proprio di un requisito (il fatturato) posseduto ex ante (circostanza pacifica e incontestata nel presente giudizio).

La precisazione fornita (in relazione alla dichiarazione di cui all'Allegato A2) non implica nessuna modifica della domanda di partecipazione né, tanto meno, dell'offerta, ragione per cui è del tutto fuorviante parlare di «novazione», espressione che nel lessico giuridico alluderebbe ad una modifica della 'base negoziale' posta a base della partecipazione in gara.

Per di più, il possesso in proprio del requisito del fatturato globale emergeva anche dalla documentazione prodotta unitamente alla domanda di partecipazione, ed in particolare dal possesso dell'attestato SOA per le categorie e qualifiche prescritte dalla lex specialis.

In definitiva, l'Amministrazione ha fatto buon governo della legge e dello stesso disciplinare che, all'art. 14, nel delineare i presupposti e le modalità del soccorso istruttorio prevedeva che «la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di

attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta».

3.? I motivi riproposti da CPL, rimasti assorbiti in primo grado, sono infondati.

3.1.? CPL contesta la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra SICI e il Consorzio Research, volto ad integrare il requisito di capacità tecnico professionale (di cui al paragrafo 7.3.g.1) , relativo allo svolgimento nell'ultimo triennio di servizi identici o analoghi a quelli oggetto dell'appalto. L'invalidità deriverebbe dal fatto che tale contratto non contemplerebbe «un ruolo diretto operativo ed esecutivo da parte dell'ausiliaria», ai sensi dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui: *«[p]er quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste»*.

3.2.? La norma è evocata in modo erroneo.

Il requisito del pregresso svolgimento di servizi analoghi non ricade infatti nello spettro applicativo della disposizione sopra richiamata, la quale costituisce una eccezione rispetto alla regola generale di cui all'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui «il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati».

La necessità del coinvolgimento esecutivo dell'ausiliaria non si applica indiscriminatamente a tutti i requisiti che fanno riferimento all'esperienza maturata dall'operatore economico, ma solo a quelli afferenti al possesso di particolari «titoli di studio e professionali» del prestatore di servizi o dell'imprenditore o dei dirigenti dell'impresa. Tale regola si fonda sul presupposto della ritenuta infungibilità di prestazioni che, richiedendo la spendita di una specifica abilitazione, sono espressive di capacità non 'trasferibili' con la semplice messa a disposizione in cui consiste generalmente l'avvalimento. Su queste basi, anche le «esperienze professionali pertinenti» sono soltanto quelle pertinenti ai suddetti «titoli di studio e professionali».

Tale interpretazione, oltre che rispondere alla lettera della legge, è l'unica che, sul piano sistematico, appare coerente con la *funzione* del contratto di avvalimento, la quale deve ravvisarsi non nell'associarsi ad altri per eseguire il contratto, bensì nell'acquisire 'in prestito' le risorse altrui per svolgere in proprio la commessa pubblica.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, anche di recente, ha escluso che l'aver eseguito servizi pregressi per un dato importo, anche laddove prescritto fra i requisiti di natura tecnico-professionale, valga a configurare una «esperienza professionale pertinente» ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente prestazione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria (cfr., sentenze, Sez. IV, 17 dicembre 2020, n. 8111; Sez. V, 26 aprile 2021, n. 3374).

4.? In definitiva, l'appello principale ed incidentale devono essere accolti, mentre debbono essere respinti i motivi che parte appellata ha qui riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a..

Possono quindi assorbirsi le ulteriori questioni pregiudiziali (di irricevibilità e inammissibilità del ricorso di primo grado) sollevate dall'appellante principale.

4.1.? Le spese di lite del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, secondo la regola generale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando:

- accoglie gli appelli principale e incidentale;
- respinge i motivi riproposti dalla società CPL Concordia ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a.;
- per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge integralmente il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado;
- condanna la società CPL Concordia al pagamento delle spese di lite del doppio grado di giudizio in favore degli appellanti principale e incidentale, che si liquidano in € 4.000,00, in favore di ciascuno di essi, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente FF

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere