

Soccorso istruttorio e principio di autoresponsabilità dei concorrenti: alla ricerca di un delicato equilibrio

di Adriano Cavina, Donato Caterino

Data di pubblicazione: 28-10-2024

L'art. 101, comma 1, lett. a), d.lgs. 31.03.2023, n. 36 (recante il nuovo Codice dei Contratti Pubblici) se pur consente di sanare mercé soccorso istruttorio la mancata produzione, al momento della presentazione delle offerte, del mandato per la costituzione di un R.T.I., subordina tale possibilità all'allegazione di documenti aventi data certa anteriore alla scadenza del suddetto momento.

Il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione. In altri termini in presenza di una previsione chiara della legge di gara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito all'integrazione documentale costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente.

Publicato il 02/10/2024

N. 02745/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00793/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 793 del 2024, proposto da Urciuoli Cremazioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in via Tozzarello Pietà? – Carpanzano (CS) anche quale capogruppo del costituendo R.T.I. con

Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Modena, via Nazionale per Carpi, 1591 (Ganaceto), in relazione alla procedura CIG B10A4639EB, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Stallone, Filippo Ficano, Nella Scilabra, tutti con domicilio digitale come da REGINDE ed elettivo in Palermo, via N. Morello n. 40;

contro

Sindaco di Palermo *pro tempore* n.q. Commissario di Governo per l’Emergenza Cimiteriale, rappresentato, difeso e domiciliato *ex lege* presso l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, con domicilio digitale come da REGINDE ed elettivo in Palermo, via Mariano Stabile n. 182;

Comune di Palermo, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Carla Marsala Fanara dell’Ufficio dell’Avvocatura Comunale di Palermo, con domicilio digitale come da REGINDE ed elettivo presso la sede dell’Avvocatura Comunale in Palermo, Piazza Marina n. 39;

nei confronti

Altair Funeral s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Bologna, via dell’Arcoveggio n. 74, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con la mandante Biagi Impianti Termici s.r.l., nonché la medesima Biagi Impianti Termici s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, con sede legale in Genova, via Romairone n. 42, rappresentate e difese dall’avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da REGINDE ed elettivo in Roma, Piazza dell’Orologio n. 7;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Francesco Stallone, con domicilio digitale ed elettivo *ut supra*;

per l'annullamento previa sospensione in via cautelare

del provvedimento di non ammissione alla fase di invito alla procedura negoziata indetta dal Comune di Palermo in virtù dei poteri commissariali di cui all’art. 1, commi 846-851, legge n. 197/2022;

e dell’aggiudicazione disposta in favore delle imprese controinteressate;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Sindaco di Palermo n.q. Commissario di Governo per l’Emergenza Cimiteriale, del Comune di Palermo e del R.T.I. Altair Funeral s.r.l./Biagi Impianti

Termici s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2024 il dott. Mario Bonfiglio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1) Con l'atto introduttivo del giudizio parte ricorrente ha impugnato congiuntamente gli atti specificati in epigrafe, dei quali è venuta a conoscenza soltanto mercé il decreto del Commissario di Governo prot. REPDECCOM/48/2024 del 20.05.2024, esponendo di aver presentato domanda per partecipare alla procedura negoziata senza bando, previa indagine di mercato, indetta con provvedimento del 27.03.2024 dal sig. Sindaco di Palermo n.q. di Commissario di Governo per l'emergenza cimiteriale, ai sensi dell'art. 50, comma 1, lett. e), del d. lgs. n. 36/2023, concernente l'affidamento del servizio di cremazione mediante conduzione e manutenzione ordinaria dell'impianto crematorio sito presso il cimitero comunale di S.M. dei Rotoli (Palermo), nonché delle attività complementari alla cremazione (per un importo a base d'asta di €. 204.000,00 oltre IVA, comprensivo di €. 137.694,00 oltre IVA per costi della manodopera non soggetti a ribasso d'asta, oltre €. 16.900 IVA esclusa per eventuali interventi di manutenzione straordinaria dell'impianto) Codice CIG: B10A4639EB. Ha aggiunto che scaduto il termine per presentare le manifestazioni d'interesse (in data 15.04.2024) l'Amministrazione ha constatato che soltanto quattro operatori economici avevano presentato domanda di partecipazione: 1) la Chiofalo Costruzioni s.r.l.; 2) la Altair Funeral s.r.l. in R.T.I. con la Biagi Impianti Termici s.r.l. (odierno controinteressato); 3) la stessa Urciuoli Cremazioni s.r.l. in R.T.I. con la Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a.; 4) la Empyron s.r.l. Tuttavia con determinazione del 17.04.2024 il terzo ed il quarto operatore economico non sono stati ammessi a partecipare alla procedura in discorso. In particolare con riguardo alla posizione della ricorrente l'Amministrazione ha provveduto in tal senso a causa di un'irregolarità riscontrata nella sua documentazione. Invero la manifestazione d'interesse a partecipare alla selezione non reca la sottoscrizione digitale della Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a., contravvenendo così a quanto prescritto dalla legge di gara, che, nel caso di R.T.I., richiedeva la sottoscrizione di tutte le imprese partecipanti al raggruppamento. Di talché soltanto i due operatori economici superstiti sono stati invitati a presentare offerta per l'aggiudicazione della commessa oggetto di gara; aggiudicazione effettivamente disposta il 13.05.2024 in favore della parte odierna controinteressata. Ritenendo illegittimo l'operato della P.A. parte ricorrente ha proposto l'odierno gravame, basato sui motivi seguenti

I) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 101, decreto legislativo 31.03.2023 n. 36; omesso soccorso istruttorio;*

II) *Violazione e/o falsa applicazione degli articoli 1 e 2, decreto legislativo n. 36/2023; nonché*

del principio del risultato e del principio della fiducia.

Nello specifico con il primo motivo è stato dedotto che con l'entrata in vigore della nuova disciplina sugli appalti pubblici (di cui al decreto legislativo n. 36/2023) il vizio dell'offerta di partecipazione ad una selezione indetta dalla P.A. costituito dalla mancata sottoscrizione dell'impresa offerente, pur attenendo ad un elemento essenziale della dichiarazione della parte interessata, è suscettibile di sanatoria per mezzo di soccorso istruttorio. Invero la mancanza di firma non ha alcuna incidenza sul contenuto ovvero sulla segretezza dell'offerta; neppure sulla paternità della medesima, dal momento che le procedure telematiche di partecipazione alle selezioni pubbliche garantiscono comunque la certezza della provenienza degli atti dei partecipanti. Con il secondo motivo parte ricorrente ha lamentato invece che le determinazioni impugnate si pongono in contrasto sia con il principio del risultato che con quello della fiducia. A suo dire il principio del risultato costituisce un criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale nell'ambito degli appalti pubblici ed è legato da un nesso inscindibile con il bene giuridico della *concorrenza*, la quale opera in funzione del primo in vista del conseguimento del migliore risultato possibile nell'assegnazione delle commesse pubbliche. Di talché l'Amministrazione, nell'esercitare i poteri di cui è titolare, deve ricercare il migliore dei risultati possibili rispetto alla tutela dell'interesse pubblico, per il cui soddisfacimento è stata indetta la procedura di affidamento. Il principio della fiducia porta con sé invece la valorizzazione dell'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, il cui corollario imprescindibile è la responsabilità delle Stazioni Appaltanti nello svolgimento delle gare; incumbente che viene rispettato in concreto non soltanto rispettando la legalità formale, ma anche tenendo presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Si tratta quindi di un principio, che amplia sia i poteri valutativi sia la discrezionalità della P.A., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, finiscono con il tradire l'interesse pubblico sotteso alla gara. Non si tratta, inoltre, di una fiducia unilaterale o incondizionata. Invero il legislatore ha avuto cura di precisare che la fiducia è reciproca e, dunque, investe l'Amministrazione così come gli operatori economici, che partecipano alle gare. È un bene giuridico autonomo, ma legato "a doppio filo" ai principi di legalità, trasparenza e correttezza; rappresentando, per così dire, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa. Di conseguenza nel caso specifico l'Amministrazione intimata per agire correttamente, avrebbe dovuto tenere conto, nell'ottica del risultato (da identificarsi nella fase di presentazione delle manifestazioni d'interesse nell'ammissione del numero più ampio possibile di invitati) della possibilità di ammettere la ricorrente alla fase successiva anche sulla base dell'istanza sottoscritta dalla sola capogruppo; richiamando al contempo l'attenzione del concorrente sul fatto che l'offerta vera e propria avrebbe dovuto essere sottoscritta da tutte le imprese componenti il R.T.I.. Parallelamente e nell'ottica del concorrente principio della fiducia, l'Amministrazione avrebbe dovuto esercitare le prerogative offerte dall'art. 101, decreto legislativo n. 36/2023, in considerazione della natura di mero "errore materiale" dell'omessa sottoscrizione da parte della mandante della manifestazione d'interesse a partecipare alla gara.

2) Costituitesi in giudizio le Amministrazione intimata hanno controdedotto nei termini che

seguono. Il Commissario di Governo per l'emergenza cimiteriale della città di Palermo ha rilevato l'incongruenza della tesi difensiva prospettata da parte ricorrente in merito alla "sanabilità" della mancanza della sottoscrizione dell'offerta da parte dell'impresa da associare in R.T.I. Se è pur vero, infatti, che l'omessa sottoscrizione dell'offerta è un vizio che, considerato di per se stesso, può essere emendato per mezzo di soccorso istruttorio, è altrettanto vero che presupposto indispensabile per la regolarizzazione è che sia possibile evincere dagli atti di gara la sicura paternità dell'offerta da parte dell'impresa interessata. Nel caso di specie manca invece qualsiasi elemento di prova al riguardo, dal momento che non è stato fornito alcun riscontro alla volontà (supposta come esistente ed effettiva) della Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a. di voler partecipare effettivamente alla procedura selettiva in discorso. Di talché non vi erano (come non vi sono tutt'ora) i margini per avviare il subprocedimento di soccorso istruttorio nei termini descritti dalla società ricorrente. Invero la disciplina di settore, in particolare l'articolo 101 *Codice Contratti Pubblici*, ammette la regolarizzazione richiesta dalla ricorrente soltanto nell'eventualità che sia provato documentalmente, con atto avente data certa anteriore alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'impegno degli operatori economici di costituirsi in R.T.I. e di partecipare in tale veste alla procedura di gara; con onere di prova sul punto a carico dei medesimi. Essendo rimasto indimostrato tale presupposto, a dire dell'Amministrazione commissariale l'odierno gravame si dimostra infondato e meritevole di essere rigettato. Nessun pregio può essere riconosciuto all'ulteriore deduzione articolata nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla doverosità, in ossequio ai principi generali del risultato e della fiducia, del soccorso istruttorio, dal momento che detti principi non possono essere invocati per ovviare ad errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione. Per parte sua anche il Comune di Palermo ha insistito per una pronuncia di rigetto dell'impugnazione, rilevando che il doveroso rispetto del principio di parità tra i concorrenti in gara è assolutamente ostativo alla possibilità di considerare sanabile il vizio dell'offerta presentata dalla ricorrente. Infatti la mancata sottoscrizione da parte delle Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a. non soltanto esclude l'assunzione di un effettivo impegno negoziale da parte della medesima per offrire alla P.A. il servizio richiesto. Al contempo non consente all'Amministrazione appaltante alcuna verifica sul possesso dei requisiti (di ordine generale, tecnico *etc.*) necessari per partecipare alla procedura di gara. Ammettere l'emendabilità di un'irregolarità così vistosa, finirebbe per ledere l'affidamento che le altre imprese in gara hanno riposto sulla correttezza dell'operato dell'Amministrazione. Si è costituita in giudizio anche la controinteressata Altair Funeral s.r.l. la quale ha eccepito innanzitutto l'inammissibilità del gravame per mancanza dell'interesse a ricorrere. A suo dire, infatti, parte ricorrente non potrebbe ricavare alcuna utilità dall'accoglimento dell'impugnazione, non potendo essere riammessa in gara; neppure aggiudicarsi la commessa, superando l'Altair prima in graduatoria. Una riammissione in gara si tradurrebbe in una violazione della *par condicio* tra i concorrenti, visto che la gara era da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso; e che pertanto, se la società fosse riammessa, essendo venuta nelle more a conoscenza della percentuale del ribasso offerto dall'aggiudicataria, ricaverebbe un indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri operatori economici. Quanto detto a tacere del fatto che l'annullamento dell'aggiudicazione non comporterebbe comunque un mutamento della graduatoria. La società Altair insieme con l'associata in R.T.I. manterrebbe sempre la prima posizione, avendo offerto il prezzo più basso. Di talché sarebbe riproposta comunque come aggiudicataria. Secondo quanto controdedito dall'Altair non residuerebbe nemmeno un

interesse strumentale all'accoglimento del gravame, al fine della completa riedizione della procedura selettiva; esito, quello in discorso, escluso dalla necessità di garantire il risultato, ormai acquisito, della procedura medesima, vale a dire l'esecuzione della commessa pubblica già aggiudicata. Nel merito dei due motivi di ricorso, ha replicato in termini sostanzialmente analoghi a quelli delle difese spiegate dalle Amministrazioni intimate.

3) Con decreto cautelare n. 267/2024 il signor Presidente della Sezione Terza di questo Tribunale ha rigettato l'istanza ex art. 56 cod. proc. amm. diretta all'adozione di un provvedimento cautelare monocratico; decisione di rigetto ribadita in esito alla camera di consiglio del 19.06.2024, con ordinanza cautelare n. 308/2024.

4) Con atto d'intervento depositato il 04.09.2024 la Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a. ha domandato l'annullamento degli atti gravati con il ricorso introduttivo del giudizio con argomentazioni, nella sostanza, analoghe a quelle sviluppate in tale sede dalla ricorrente.

5) Infine scambiate le difese scritte in vista della discussione del merito del ricorso, all'udienza pubblica del 25.09.2024, ascoltati i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

6) *In limine litis* il Collegio dichiara l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* della Officine Meccaniche Ciroidi s.p.a. Invero come chiarito espressamente dalla società interveniente, tale iniziativa difensiva è funzionale alla tutela della sua volontà di partecipare alla gara e di ottenerne l'aggiudicazione; un interesse che, con tutta evidenza, non presenta i requisiti necessari a supportare una domanda d'intervento *ad adiuvandum*. Come ancora di recente ribadito dal Tribunale Amministrativo per la Regione Lazio va dichiarato inammissibile l'intervento *ad adiuvandum* di chi sia titolare di una posizione identica a quella fatta valere dai ricorrenti, in quanto è inammissibile ai sensi dell'art. 28 cod. proc. amm. l'intervento proposto da chi sia *ex se* legittimato a presentare direttamente il ricorso in via principale, considerato che, in tale ipotesi, l'interveniente non fa valere un mero interesse di fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione di provvedimenti immediatamente lesivi, che può essere azionato tuttavia soltanto mediante la proposizione di un ricorso principale (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, sent. 06.11.2023, n. 16348). Opinando diversamente, si finirebbe con il consentire – a ben vedere – l'elusione dei rigidi termini decadenziali previsti nel rito processuale degli appalti pubblici per incardinare la lite dinanzi il Giudice amministrativo.

7) Passando all'esame del merito dei motivi di ricorso, entrambi sono infondati. Come correttamente controdedito dalla difesa dell'Amministrazione commissariale, l'art. 101, comma 1, lett. a), d.lgs. 31.03.2023, n. 36 (recante il nuovo *Codice dei Contratti Pubblici*) se pur consente di sanare mercé soccorso istruttorio la mancata produzione, al momento della presentazione delle offerte, del mandato per la costituzione di un R.T.I., subordina tale possibilità all'allegazione di documenti aventi data certa anteriore alla scadenza del suddetto momento. Come già rilevato durante la pregressa fase cautelare, non risulta versato in atti alcun documento del genere. Di talché il primo motivo di ricorso è rimasto sfornito del necessario supporto probatorio. Inoltre come ancora di recente affermato da questo Tribunale (indirizzo interpretativo che l'odierno Collegio condivide e fa proprio) il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di

eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione. In altri termini in presenza di una previsione chiara della legge di gara e dell'inosservanza di questa da parte di un concorrente, l'invito all'integrazione documentale costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente (cfr. T.A.R.S.-Palermo, Sez. V, sent. 21.05.2024, n. 1703). Dall'*Avviso di indagine di mercato*, versato in atti dalla stessa società ricorrente, si evince con chiarezza che in caso di partecipazione alla gara in forma plurisoggettiva (come in ipotesi di R.T.I.) la manifestazione d'interesse doveva essere compilata e sottoscritta digitalmente da ciascuna delle imprese interessate. In altri termini l'incombente, che parte ricorrente era tenuta ad osservare per prendere parte alla selezione in veste di Raggruppamento Temporaneo d'Imprese, era indicato in modo limpido nella legge di gara. Il non averlo osservato senza alcuna ragione giustificatrice non consente ai partecipanti alla gara di accedere ai meccanismi di sanatoria di cui al già citato art. 101 *Codice Contratti Pubblici*. Sul secondo motivo di ricorso il Tribunale osserva che l'applicazione del principio del risultato è in realtà un fattore impediente l'accoglimento del gravame. Infatti il principio in discorso deve orientare quale *criterio guida* l'azione amministrativa nella selezione del concorrente, che risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento (avendo presentato la migliore offerta) consentendogli di rimediare a carenze meramente formali della sua documentazione (cfr. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, Sez. I, sent. 25.10.2023, n. 316). Al contrario, nel caso oggetto del decidere, come rilevato acutamente dalla parte controinteressata l'accoglimento del gravame non avrebbe alcuna incidenza sulla possibilità per la società ricorrente di ottenere il bene della vita oggetto di lite, dal momento che è indiscusso che l'offerta delle società aggiudicatriche risulterebbe – anche in caso di ripetizione della gara con la partecipazione di parte ricorrente – la prima in graduatoria.

8) Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono poste a carico solidale della società ricorrente e di quella interveniente; nonché liquidate in € 5.400,00 oltre rimborso forfettario, IVA e CPA a favore di ciascuna delle parti avverse.

9) Infine in applicazione degli articoli 120 e 86 cod. proc. amm. il Tribunale dispone la correzione dell'errore materiale presente nel ricorso introduttivo del giudizio, il quale di conseguenza nel punto in cui specifica gli atti gravati nei termini seguenti *“annullamento previa sospensione collegiale e monocratica del provvedimento di non ammissione (allegato 2: doc. 7) alla fase di invito alla procedura negoziata indetta dal Comune di Palermo; dell'aggiudicazione disposta in favore delle imprese controinteressate (allegato 4: doc. 9); nonché di ogni altro provvedimento o atto consequenziale e/o presupposto”* dovrà essere così inteso: *“annullamento previa sospensione collegiale e monocratica del provvedimento di non ammissione (allegato 2: doc. 7) alla fase di invito alla procedura negoziata indetta dal Comune di Palermo, Codice CIG: B10A4639EB; dell'aggiudicazione disposta in favore delle imprese controinteressate (allegato 4: doc. 9); nonché di ogni altro provvedimento o atto consequenziale e/o presupposto”*.

P.Q.M.

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

Condanna parte ricorrente in solido con la società interveniente al pagamento delle spese di lite, che liquida in € 5.400 oltre accessori come per legge, in favore di ciascuna delle altre parti del giudizio.

In applicazione degli articoli 120 e 86 cod. proc. amm. il Tribunale dispone la correzione dell'errore materiale presente nel ricorso introduttivo del giudizio, il quale di conseguenza nel punto in cui specifica gli atti gravati nei termini seguenti *“annullamento previa sospensione collegiale e monocratica del provvedimento di non ammissione (allegato 2: doc. 7) alla fase di invito alla procedura negoziata indetta dal Comune di Palermo; dell’aggiudicazione disposta in favore delle imprese controinteressate (allegato 4: doc. 9); nonché di ogni altro provvedimento o atto consequenziale e/o presupposto”* dovrà essere così inteso: *“annullamento previa sospensione collegiale e monocratica del provvedimento di non ammissione (allegato 2: doc. 7) alla fase di invito alla procedura negoziata indetta dal Comune di Palermo, Codice CIG: B10A4639EB; dell’aggiudicazione disposta in favore delle imprese controinteressate (allegato 4: doc. 9); nonché di ogni altro provvedimento o atto consequenziale e/o presupposto”*.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2024 con l’intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Raffaella Sara Russo, Primo Referendario

Mario Bonfiglio, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

La sentenza del TAR Palermo n. 2745 del 2 ottobre 2024 riguarda il **soccorso istruttorio** ex art. 101 del d.lgs. n. 36/2023 e il **delicato bilanciamento** tra tale istituto e il **principio di autoresponsabilità dei concorrenti** che ne delimita l’ambito applicativo.

La fattispecie trae origine dal provvedimento di non ammissione alla procedura negoziata emesso nei confronti di un concorrente che, a seguito di c.d. avviso di manifestazione di interesse, aveva tempestivamente reso nota la volontà di partecipare alla successiva gara in forma plurisoggettiva (RTI).

Più in particolare, il **mancato invito alla procedura negoziata** era motivato da una irregolarità riscontrata nella documentazione presentata dal potenziale concorrente. Infatti, nonostante la mandataria avesse indicato di voler prendere parte alla successiva procedura selettiva in RTI, **la relativa manifestazione d’interesse non recava la sottoscrizione digitale della mandante** e ciò si poneva **in contrasto con l’avviso che, sul punto, richiedeva la sottoscrizione digitale di tutti i componenti del costituendo raggruppamento**.

Avverso il provvedimento di non ammissione alla procedura negoziata e la conseguente aggiudicazione **è quindi insorta la mandataria del RTI.**

Per quanto interessa ai fini del presente commento, attraverso un primo articolato motivo, il ricorrente ha denunciato l'erroneità del provvedimento sostenendo che sotto la vigenza del d.lgs. n. 36, cit. la mancata sottoscrizione dell'impresa offerente sarebbe suscettibile di sanatoria per mezzo del soccorso istruttorio non incidendo né sul contenuto dell'offerta né sulla paternità, atteso che l'utilizzo delle procedure telematiche garantirebbe la certezza della provenienza degli atti.

Nel giudizio si è costituita anche la mandante del RTI con atto di intervento *ad adiuvandum* ricalcando le tesi della mandataria ricorrente ed esplicitando la sua volontà di partecipare alla gara e di ottenere l'aggiudicazione.

In via preliminare, il Collegio ha dichiarato l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* della mandante stante l'insussistenza dei relativi requisiti. Hanno infatti ritenuto i Giudici palermitani che l'intervento *ad adiuvandum* è inammissibile da parte "*di chi sia titolare di una posizione identica a quella fatta valere dai ricorrenti*" essendo "*inammissibile ai sensi dell'art. 28 cod. proc. amm. l'intervento proposto da chi sia ex se legittimato a presentare direttamente il ricorso in via principale*" atteso che una interpretazione diversa avrebbe comportato l'elusione dei termini di decadenza previsti per l'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento delle commesse pubbliche.

Nel merito, **il TAR ha respinto il ricorso, ritenendo inapplicabile al caso di specie il soccorso istruttorio.** In tal senso ha evidenziato che se, per un verso, l'art. 101, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 36, cit. consente di sanare la mancata produzione, al momento della presentazione delle offerte, del mandato per la costituzione di un RTI, pur subordinando tale possibilità all'allegazione di documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte; per altro verso, ha rilevato come nella controversia portata alla sua cognizione non fosse stato prodotto alcun impegno a conferire mandato collettivo speciale alla mandataria e a costituire il RTI che avesse potuto dimostrare la volontà degli operatori economici di partecipare alla procedura selettiva in forma plurisoggettiva.

Il Collegio si è - inoltre - occupato di fornire una ricostruzione dell'**ambito applicativo del soccorso istruttorio**, all'esito della quale ha ritenuto che esso è **precluso ogniqualvolta "confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione"**.

Secondo lo schema argomentativo seguito dal TAR, in presenza di una disposizione della *lex specialis* chiara e univoca (*i.e.* obbligo a carico di tutte le imprese *raggruppande* di firmare digitalmente la manifestazione di interesse) l'inosservanza da parte dei componenti non potrebbe dar luogo al soccorso istruttorio posto che "*l'invito all'integrazione documentale costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini per mezzo della sanatoria di una documentazione incompleta o insufficiente*".

Nella fattispecie controversa l'avviso di gara richiedeva che *“in caso di partecipazione alla gara in forma plurisoggettiva la manifestazione d'interesse doveva essere compilata e sottoscritta digitalmente da ciascuna delle imprese interessate”*. Sicché, *“l'incombente, che parte ricorrente era tenuta ad osservare per prendere parte alla selezione in veste di Raggruppamento Temporaneo d'Imprese, era indicato in modo limpido nella legge di gara. Il non averlo osservato senza alcuna ragione giustificatrice non consente ai partecipanti alla gara di accedere ai meccanismi di sanatoria di cui al già citato art. 101 Codice Contratti Pubblici”*.

Alla luce di ciò il TAR ha, dunque, respinto il ricorso confermando la correttezza dell'operato della stazione appaltante.

La pronuncia oggetto del presente commento è di notevole rilievo nella misura in cui si occupa di **delineare il confine dell'operatività del soccorso istruttorio**.

La risoluzione della tematica oggetto della pronuncia in commento richiede la **ricerca di un delicato punto di equilibrio tra due interessi contrapposti: da un lato, l'istituto del soccorso istruttorio che è espressione del principio di *favor participationis*** e che mira ad evitare che meri errori materiali possano compromettere l'interesse pubblico a stipulare il contratto di appalto con l'operatore economico che ha presentato l'offerta migliore (e ciò anche in aderenza al principio di risultato ex art. 1 del d.lgs. n. 36 cit.); **dall'altro lato, il principio di autoresponsabilità dei concorrenti** che limita l'ambito applicativo del soccorso istruttorio e che, a sua volta, è **espressione del principio della *par condicio***.

Secondo i Giudici palermitani nella vicenda in esame il giudizio di bilanciamento tra i contrapposti interessi porta a ritenere inapplicabile il soccorso istruttorio atteso che – nella prospettiva del Collegio – esso **non può essere attivato laddove si risolve in una violazione del principio di autoresponsabilità dei concorrenti** (e ciò sulla scia di quanto autorevolmente sostenuto dall'Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9).

Se in linea generale tale approdo appare condivisibile, nel caso concreto, tuttavia, vi sono alcuni elementi che non sembrano essere stati valorizzati nel complessivo giudizio di bilanciamento:

- i. in primo luogo, il fatto che l'errore da parte dell'operatore economico si inseriva in una fase (*i.e.* riscontro ad avviso di manifestazione di interesse) preliminare rispetto alla procedura di gara in senso stretto, che non soggiace alle medesime regole rigide che governano quest'ultima. Ciò in applicazione dell'orientamento che non richiede agli operatori economici che manifestano l'interesse a partecipare ad una successiva (ed eventuale) procedura di gara di possedere sin dalla fase di prequalifica i requisiti di partecipazione (dal che se ne dovrebbe dedurre, *a fortiori*, la possibilità di ammettere un concorrente in forma plurisoggettiva nonostante la mancata sottoscrizione della manifestazione di interesse ad opera della mandante);
- ii. in secondo luogo, la disposizione di cui all'art. 68, co. 19, del d.lgs. n. 36 cit. a tenore della quale *“in caso di procedure ristrette o negoziate oppure di dialogo competitivo l'operatore economico invitato individualmente o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo può presentare offerta o trattare per sé o quale*

mandatario di operatori riuniti": ed in tal caso la presentazione di una manifestazione di interesse priva della sottoscrizione di tutti i soggetti raggruppati avrebbe potuto essere considerata valida limitatamente alla partecipazione del mandatario, il quale, a sua volta, ben avrebbe potuto in fase di gara presentare offerta quale mandatario di operatori riuniti.