

Soccorso istruttorio

Scritto da Valentina Magnano

Giovedì 28 Aprile 2016 14:47 - Ultimo aggiornamento Lunedì 02 Maggio 2016 08:34

N. 00116/2016REG.PROV.COLL.

N. 00289/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 289 del 2015, proposto dalla società S.s.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo dell'associazione temporanea d'impresе costituita con la società P.l. s.r.l., nelle persone dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi dagli Avv.ti Girolamo Rubino e Lucia Alfieri, con domicilio eletto presso il primo, in Palermo, Via Oberdan n.5;

contro

società I.S. s.p.a. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea d'impresе con la società D. s.r.l., nelle persone dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Immordino, presso il cui studio, in Palermo, Via Libertà 171;

nei confronti di

ANAS s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, presso la cui sede distrettuale, in Palermo, Via A. De Gasperi n. 81, è ex lege domiciliato;

per la riforma

della sentenza n.78 del 16.12.2014 (pubblicata il 9.1.2015) resa dal T.A.R. SICILIA - PALERMO: SEZ.I[^];

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società I.S. .p.a. e della società ANAS s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Soccorso istruttorio

Scritto da Valentina Magnano

Giovedì 28 Aprile 2016 14:47 - Ultimo aggiornamento Lunedì 02 Maggio 2016 08:34

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2015 il Cons. Avv. Carlo Modica de Mohac e uditi per le parti gli Avvocati Girolamo Rubino, Giovanni Immordino e l'Avvocato dello Stato La Rocca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. Il 14.10.2014 la costituenda associazione temporanea d'impresе tra la società I.S. s.p.a. e la società D. s.r.l. (d'ora in poi denominata "a.t.i. I.S. – D.") chiedeva di partecipare alla gara indetta dall'ANAS s.p.a. (con Avviso prot. CPA – 0055911 – 1 dell'11.9.2014), per l'appalto di lavori denominato "Lavori di riqualificazione delle opere di sicurezza, compreso il rifacimento dei cordoli, sostituzione dei giunti di dilatazione e ripristino della pavimentazione stradale del Viadotto Belice al Km 82 + 282 della SS 115 di competenza del C.M. (D)", con importo a base d'asta pari ad €3.524.300,00.

Con nota del 24.10.2014 la Stazione appaltante escludeva la predetta a.t.i. dalla gara in quanto la stessa aveva ommesso di produrre la dichiarazione relativa al 'protocollo di legalità' della mandataria (I. S.s.p.a.).

II. Con ricorso ritualmente notificato, l'a.t.i. in questione impugnava, pertanto, la sua esclusione unitamente ai connessi atti di gara, chiedendone l'annullamento per le conseguenti statuizioni reintegratorie, conformative e di condanna.

Lamentava, al riguardo:

Soccorso istruttorio

Scritto da Valentina Magnano

Giovedì 28 Aprile 2016 14:47 - Ultimo aggiornamento Lunedì 02 Maggio 2016 08:34

1) violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt.38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter, nuovo stile (id est: nella formulazione introdotta con il DL n.90 del 2014, convertito in L. n.114 del 2014) del D.Lgs. n.163/2006, nonché eccesso di potere per carenza istruttoria ed insufficiente motivazione, deducendo

- che la (menzionata) novella normativa concernente il “soccorso istruttorio” ha esteso l’applicabilità dell’istituto in questione anche ai casi di mancata produzione di un documento essenziale;

- e che pertanto il Seggio di gara avrebbe dovuto consentirle di integrare la documentazione mediante la produzione postuma della dichiarazione concernente l’adesione al “Protocollo di legalità”;

2) violazione e falsa applicazione degli artt.3, 7, 8 e 10 della L. n.241 del 1990 ed eccesso di potere per difetto d’istruttoria, deducendo che la Stazione appaltante ha omesso di comunicare l’avvio del procedimento di esclusione (precludendo alla ricorrente di integrare la documentazione);

3) violazione e falsa applicazione del punto 14 del Bando di gara e del punto 11 del Disciplinare di gara, nonché violazione e falsa applicazione dell’art.46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, deducendo:

a) che né il bando né il Disciplinare prevedevano che la mancata adesione al c.d. “protocollo di legalità” avrebbe comportato l’esclusione dalla gara;

b) ma che comunque nella domanda di ammissione aveva dichiarato di accettare le clausole di autotutela di cui al Protocollo Unico di legalità (ragion per cui l’esclusione si appalesa illegittima sotto ogni possibile profilo).

Ritualmente costituitasi, l’Amministrazione eccepiva l’infondatezza del ricorso.

Si costituiva in giudizio la controinteressata a.t.i. costituita fra la società S. e la società P.I. (d'ora innanzi denominato a.t.i. S. – P.I.), eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Non si costituiva, invece, l'ANAS.

III. Con sentenza n.78 del 16.12.2014 (pubblicata il 9.1.2015) il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sez.I^a) ha accolto il ricorso avendo ritenuto fondato ed assorbente il primo motivo.

IV. Con l'appello in esame l'a.t.i. S. – P.I. ha impugnato la predette sentenza e ne chiede l'annullamento e/o la riforma per le conseguenti statuizioni reintegratorie, costitutive e di condanna.

Si duole dell'asserita ingiustizia dell'impugnata sentenza e lamenta violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt.38, comma 2 bis e 46 comma 1 ter, del codice dei contratti pubblici ed eccesso di potere giurisdizionale per difetto d'istruttoria ed insufficiente motivazione, deducendo che il Giudice di primo grado:

- ha *erroneamente* ritenuto che il Seggio di gara avrebbe dovuto avviare il c.d. "soccorso istruttorio" e consentire all'a.t.i. I.S. – D. di *regolarizzare* la propria documentazione (producendo la dichiarazione di adesione al Protocollo di Legalità mancante in atti);

- e *parimenti erroneamente* ritenuto che a seguito della novella normativa in materia di "soccorso istruttorio" (introdotta con la L. n.114 del 2014), la "regolarizzazione" è ammissibile (e va dunque ammessa) anche a fronte della *mancata produzione* di un documento essenziale.

Ritualmente costituitasi l'a.t.i. I.S. – D. ha eccepito l'infondatezza del gravame sostenendo la

correttezza della sentenza del Giudice di primo grado.

Ritualmente costituitasi, l'ANAS si è associata alla domanda giudiziale di annullamento della sentenza proposta dall'a.t.i. Strade 2010 – Pernice Impianti.

Nel corso del giudizio le parti hanno insistito - anche con ulteriori scritti difensivi - nelle rispettive domande, eccezioni e controdeduzioni.

Infine, all'udienza fissata per la discussione conclusiva sul merito dell'appello, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello proposto dall'a.t.i. S. – P.I., è infondato.

Con unico articolato motivo di gravame l'appellante si duole dell'ingiustizia dell'impugnata sentenza, lamentando violazione falsa applicazione del combinato disposto degli artt.38, comma 2 bis e 46 comma 1 ter, del codice dei contratti pubblici ed eccesso di potere giurisdizionale per difetto d'istruttoria ed insufficiente motivazione, deducendo che il Giudice di primo grado:

- ha *erroneamente* ritenuto che il Seggio di gara avrebbe dovuto avviare il c.d. "soccorso istruttorio" e consentire all'a.t.i. I.S. – D. di *regolarizzare* la propria documentazione (producendo la dichiarazione di adesione al Protocollo di Legalità mancante in atti);

- e *parimenti erroneamente* ritenuto che a seguito della novella normativa in materia di "soccorso istruttorio" (introdotta con la L. n.114 del 2014), la 'regolarizzazione' sia ammissibile (e vada dunque ammessa) anche a fronte della *mancata* *produzione* di un

documento essenziale.

La doglianza non merita accoglimento.

Il Giudice di primo grado ha correttamente interpretato ed applicato l'art.38, comma 2 bis, del codice dei contratti pubblici, come novellato dall'art.39 della L. 11.8.2014 n.114 (recante conversione in legge, con modificazioni, del DL.24.6.2014 n.90).

La citata norma prevede:

- che in caso di *manca*za, incompletezza o altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni che il concorrente sia tenuto a produrre per dimostrare il possesso dei requisiti generali (e di moralità) necessari per partecipare alla gara d'appalto, la Stazione appaltante "assegna (...) un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie (...);

- e che l'esclusione del concorrente dalla gara può essere disposta solamente nel caso in cui lo stesso non provveda alla regolarizzazione entro il termine assegnatogli.

Ciò significa:

- che la regolarizzazione è ammessa anche nel caso in cui la ditta partecipante alla gara abbia *del tutto omesso* di produrre una delle dichiarazioni relative al possesso dei 'requisiti di ordine generale' (o 'requisiti generali');

- e che nel caso in cui la ditta concorrente sia in possesso dei predetti 'requisiti generali' (e dei requisiti morali) ma abbia omesso di dichiararlo (o abbia effettuato una dichiarazione lacunosa o poco chiara), può regolarizzare la sua posizione (e colmare così tale lacuna documentale) producendo, entro il termine assegnato dal Seggio di Gara, la prescritta dichiarazione (o una

più completa ed esaustiva dichiarazione).

Tale norma, dunque:

- ha determinato il superamento del precedente sistema di principi in tema di 'soccorso istruttorio' (enunciati in Ad. Pl. 25.2.2014 n.9); sistema che escludeva la possibilità di ricorrere alla "regolarizzazione documentale" nei casi di *omessa produzione* di un documento (prescritto a pena di esclusione), e che

limitava

la possibilità di utilizzo dell'istituto in questione ai soli casi di

avvenuta produzione

di documenti contenenti errori, lacune o ambiguità;

- e si è posta sulla scia dell'orientamento giurisprudenziale "sostanzialistico" - via via affermatosi (in aderenza al disposto dell'art.45 della Direttiva n.2004/18/CE, e sulla scorta di C.S., Ad. Pl.

16.10.2013 n.23) - secondo cui *solamente la reale mancanza di un requisito generale legittima la esclusione dalla gara* (C.S., III[^], 6.2.2014 n.583); infine

culminato nell'affermazione secondo cui

non appare giusto né equo che un soggetto che possa dimostrare, eventualmente anche

mediante strumenti procedurali di c.d. "soccorso istruttorio", di avere tutti i prescritti requisiti morali (oltre agli altri richiesti dal bando) sia escluso da una procedura concorsuale

(C.S., III[^], 21.5.2015 nn.5038 e 5041)

Tale orientamento è stato valorizzato ed ha ricevuto il definitivo avallo dalla pronuncia n.16 del 30.7.2014 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che afferma che l'intero impianto della 'novella' in esame:

- va interpretato come indice "della volontà del Legislatore di evitare (... omissis ...) esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa anche la mancanza assoluta delle dichiarazioni); ... (omissis ...) e di autorizzare la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza, da parte dell'impresa concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale (entro il termine perentorio accordato, a tal fine, dalla stazione appaltante)" (C.S., Ad.Pl., 30.7.2014 n.16);

Soccorso istruttorio

Scritto da Valentina Magnano

Giovedì 28 Aprile 2016 14:47 - Ultimo aggiornamento Lunedì 02 Maggio 2016 08:34

- ed “indica la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie” (C.S., Ad.Pl., ult. sent. cit.).

Ora, nella fattispecie dedotta in giudizio è accaduto che la Stazione appaltante:

- non soltanto ha disposto l'immediata esclusione dell'a.t.i. I.S. – D. senza preventivamente attivare alcuno strumento di soccorso istruttorio;

- ma ha addirittura ignorato che nella domanda di ammissione la predetta associazione temporanea d'impresa aveva dichiarato che “l'appalto è soggetto alla piena osservanza delle clausole di autotutela di cui al 'Protocollo Unico di legalità del 12.7.2005 – Accordo quadro Carlo Alberto Dalla Chiesa”; nonché “di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nel bando di gara, nel disciplinare di gara, nel capitolato speciale d'appalto, nei piani di sicurezza e nei grafici di progetto”.

Ciò significa che una dichiarazione di adesione Protocollo di legalità, seppur sintetica e non conforme al modello, esisteva ed era stata sottoscritta; il che costituiva *una ragione in più* - anche secondo l'orientamento giurisprudenziale 'sostanzialistico' sorto precedentemente all'ultima pronuncia dell'Adunanza Plenaria - per procedere ad un *accertamento istruttorio suppletivo*

Dal che non resta che concludere che la condotta del Seggio di gara si appalesa illegittima *per più di un profilo*

. E che pertanto

per più di un profilo

la sentenza del Giudice di primo grado resiste alle doglianze dell'appellante.

2. In considerazione delle superiori osservazioni, l'appello va respinto.

Alla soccombenza dell'appellante a.t.i. S. – P.I. e dell'ANAS (che si è associata alla prima nel

Soccorso istruttorio

Scritto da Valentina Magnano

Giovedì 28 Aprile 2016 14:47 - Ultimo aggiornamento Lunedì 02 Maggio 2016 08:34

chiedere l'annullamento o la riforma dell'impugnata sentenza) non può che seguire – in mancanza di esimenti che il Collegio non ritiene di ravvisare – la loro condanna, in via solidale, al pagamento, in favore della parte appellata privata, delle spese processuali; spese che si liquidano in € 5.000,00 oltre s.g. e accessori di legge; del quale importo, per quanto attiene ai rapporti interni tra i condebitori solidali, due quinti da porre a definitivo carico dell'a.t.i. appellante e tre quinti a carico finale dell'ANAS.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, respinge l'appello.

Condanna le soccombenti a.t.i. S. – P.I. ed ANAS s.p.a. al pagamento, in solido, delle spese processuali in favore dell'appellata, che liquida in complessivi € 5.000,00, oltre spese generali e accessori di legge, da ripartirsi nei rapporti interni come indicato in motivazione.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2015 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Ermanno de Francisco, Presidente FF

Vincenzo Neri, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere, Estensore

Giuseppe Mineo, Consigliere

Soccorso istruttorio

Scritto da Valentina Magnano

Giovedì 28 Aprile 2016 14:47 - Ultimo aggiornamento Lunedì 02 Maggio 2016 08:34

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Soccorso istruttorio

Scritto da Valentina Magnano

Giovedì 28 Aprile 2016 14:47 - Ultimo aggiornamento Lunedì 02 Maggio 2016 08:34

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2016

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)