

Tar Abruzzo, sezione prima, sentenza n. 100 del 7 marzo 2020

Soccorso istruttorio – Errore Materiale – Limiti - Illegittima l'esclusione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 503 del 2019, proposto da:
..... di Teramo, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da
PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC
da Registri di Giustizia;

nei confronti

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

per l'annullamento

- del Verbale n. 3 del 21/10/2019 della Commissione giudicatrice che disponeva
l'esclusione deldi Teramo dalla procedura selettiva di affidamento
del servizio di gestione del palazzetto dello sport sito nel Comune di
– Via dello Sport;

- del provvedimento prot. n. 29625 del 21/10/2019 del Responsabile dell'Area AA.GG. del Comune di che disponeva l'esclusione deldi Teramo dalla procedura selettiva di affidamento del servizio di gestione del palazzetto dello sport sito nel Comune di – Via dello Sport;
- del verbale n. 4 del 24/10/2019 della Commissione giudicatrice che proponeva al Rup l'aggiudicazione della procedura di appalto di gestione del palazzetto dello sport sito nel Comune di – Via dello Sport alla Società Cooperativa Sociale in raggruppamento temporaneo d'impresa con la Società Cooperativa Sociale Sportiva Dilettantistica non ancora costituito;
- della determinazione del Responsabile dell'Area AA.GG. del Comune di n. 287 del 28/10/2019 di approvazione dei verbali della Commissione giudicatrice e della proposta di aggiudicazione della gara in favore della Società Cooperativa Sociale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di e di Societa' Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2020 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe ildi Teramo (d'ora in avanti: CSI) chiede l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento di esclusione

dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione del palazzetto dello sport sito nel Comune di (provvedimento n. 29625/2019) e del successivo provvedimento di aggiudicazione in favore della Cooperativa sociale

Il Comune di, nel disporre l'esclusione dalla procedura di gara deldi Teramo così motivava: *“La Commissione [...] ha preso atto che sulla ricevuta di pagamento del Contributo Anac inoltrata alla casella pec dell'Area Affari Generali, entro i termini assegnati alla ditta, è riportato un numero CIG diverso da quello della gara in questione. Pertanto, [...] l'operatore economico è stato escluso dalla gara”*.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi: I) violazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 in materia di soccorso istruttorio, eccesso di potere sotto vari profili; risultava in via documentale l'avvenuto pagamento del contributo; II) violazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50 del 2016, eccesso di potere; la mancata presentazione della ricevuta del contributo Anac non era prevista quale causa di esclusione; III) illegittimità del verbale di aggiudicazione alla Cooperativa, posto che l'offerta tecnica e l'offerta economica presentate dal CSI avrebbero meritato l'attribuzione di un punteggio superiore.

Resistono in giudizio la controinteressata e il Comune di, che chiedono il rigetto del ricorso in quanto infondato nel merito.

Con ordinanza 21 dicembre 2019 n. 42/2019 la domanda cautelare è stata accolta *“...atteso che risulta incontestata la circostanza dell'intervenuto pagamento da parte del CSI del contributo Anac ai fini della partecipazione alla gara relativa all'affidamento del servizio di gestione del palazzetto dello sport di”*.

Alla pubblica udienza del 12 febbraio 2020 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- Il ricorso ha ad oggetto l'impugnativa del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione del

palazzetto dello sport e la successiva aggiudicazione disposta in favore della controinteressata. *sulla ricevuta di pagamento del Contributo Anac inoltrata alla casella pec dell'Area Affari Generali, entro i termini assegnati alla ditta, è riportato un numero CIG diverso da quello della gara in questione.*

L'esclusione è motivata in ragione della mancata allegazione, nei termini assegnati nel sub-procedimento di soccorso istruttorio- della ricevuta di pagamento del Contributo Anac, in quanto quella inoltrata alla casella pec del Comune, entro i termini assegnati, reca un numero CIG diverso da quello della gara in questione.

2.- Il primo ed il secondo motivo, in quanto logicamente connessi, meritano di essere trattati congiuntamente.

Con il primo motivo la ricorrente deduce l'illegittimità dell'esclusione, poiché risulta per via documentale il pagamento da parte del CSI del contributo Anac previsto per la partecipazione alla gara in questione (doc. 8 del fascicolo di parte ricorrente). L'allegazione, in fase di soccorso istruttorio, della ricevuta di pagamento relativa ad altra procedura di gara costituiva, con assoluta evidenza, un mero errore materiale, da cui non può conseguire l'effetto pregiudizievole dell'esclusione dalla procedura. Inoltre, l'operato dell'Amministrazione, sarebbe contrario alle finalità del soccorso istruttorio. Difatti, costituisce una regola di sistema quella secondo cui occorre garantire la più ampia partecipazione alla procedura di gara ed evitare che vizi formali ed irregolarità meramente materiali possano determinare l'esclusione dei migliori offerenti pronunce (richiama: Cons. St. n. 975/2017 e ANAC, delibera n. 946 del 13 settembre 2017).

Di contro, il Comune afferma di aver attivato il soccorso istruttorio e assegnato 7 gg all'esito dei quali il ricorrente produceva ricevuta con CIG errato e richiama un orientamento giurisprudenziale secondo il quale, la norma sul soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, d.lg. n. 50/2016), non preveda ulteriori richieste di chiarimento, legando l'esclusione alla mancata regolarizzazione nel termine dato, avente carattere

perentorio, in quanto è necessario assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente, con conseguente impossibilità di attivare, in tali casi, il soccorso istruttorio. Non sarebbe, secondo l'ente locale, ammissibile il “soccorso del soccorso” atteso che tale evenienza determinerebbe un'evidente violazione del principio della *par condicio* concorrenziale, ammettendo che un concorrente (il quale avrebbe dovuto comprovare il possesso dei requisiti di ordine oggettivo sin dalla partecipazione alla gara) non solo possa sottrarsi a tale obbligo senza conseguenze di sorta, ma che vi si possa sottrarre anche successivamente.

Anche la controinteressata svolge simili controdeduzioni, affermando la natura perentoria del termine concesso per l'integrazione della documentazione a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, finalizzato ad un'istruttoria veloce, ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda.

3.- Il ricorso è fondato.

Si richiama, ai sensi dell'art. 74 c.p.a. il precedente conforme del Consiglio di Stato (sentenza, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386), che è pienamente in termini con il caso di specie, in quanto relativo all'ammissibilità in gara di un'impresa che aveva effettuato tardivamente il pagamento del contributo Anac.

Il Consiglio di Stato nella pronuncia citata richiama i principi affermati dalla Corte di Giustizia, espressasi proprio in merito al contributo per il funzionamento dell'Anac, secondo la quale la tutela del legittimo affidamento, certezza del diritto e proporzionalità ostano ad una regola dell'ordinamento di uno Stato membro che consenta di escludere da una procedura di affidamento di un contratto pubblico l'operatore economico non avvedutosi di una simile conseguenza, perché non espressamente indicata dagli atti di gara (sentenza della Corte di giustizia UE, 2

giugno 2016, C 27/15, sopra citata, e posta dall'originaria ricorrente a fondamento delle proprie censure).

Non giova, peraltro, alle parti resistenti richiamare il principio di eteronintegrazione della *lex specialis*.

Al riguardo, il giudice europeo, nella pronuncia sopra richiamata ha peraltro ritenuto contrario ai principi del diritto comunitario l'operazione attraverso cui la causa di esclusione dalla gara è ricavata sulla base di un'interpretazione estensiva di talune previsioni dell'ordinamento positivo dello stesso Stato membro e, poi, di una eterointegrazione sotto questo profilo degli atti di gara.

Né può ritenersi preclusiva alla prosecuzione della gara la produzione, come avvenuto nel caso di specie, oltre il termine (recte: orario) assegnato per il soccorso istruttorio (nella fattispecie, la ricevuta del pagamento del contributo era trasmessa entro il termine del 21 ottobre 2019, ma oltre l'orario fissato delle ore 13.

E ciò in considerazione del *favor participationis* cui è ispirata la norma sul potere di soccorso istruttorio del codice dei contratti pubblici (art. 83, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

Peraltro, la previsione del citato art. 1, comma 67, l. n. 266 del 2005, secondo cui il versamento del contributo all'Autorità di settore costituisce «condizione di ammissibilità dell'offerta», contrariamente a quanto sostenuto dalle parti resistenti, consente un'«interpretazione, eurounitariamente orientata» in base alla quale tale adempimento «possa essere anche tardivo, costituendo a un tempo violazione formale e di elemento essenziale», sanabile mediante il potere di soccorso istruttorio previsto dalla citata disposizione di legge nazionale (Tar Lazio, sez. III, sentenza 11031/2017).

Quanto alla produzione della ricevuta di pagamento oltre l'orario assegnato in fase di soccorso istruttorio, è appena il caso di evidenziare che la disciplina del soccorso istruttorio autorizza la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola inosservanza,

da parte dell'impresa concorrente, all'obbligo di integrazione documentale. Nella specie, l'impresa aveva assolto all'obbligo di produzione documentale entro il termine assegnato, ma è evidente che per mero *lapsus calami* allegava una ricevuta errata e procedeva immediatamente, nella stessa data, ad allegare la ricevuta corretta. Orbene, l'Amministrazione, una volta avvedutasi che il CSI aveva presentato la ricevuta relativa ad una gara diversa, in ossequio ai canoni di buona fede e correttezza, che devono uniformare i rapporti tra p.a. e cittadino, avrebbe potuto chiedere ulteriori delucidazioni alla concorrente oppure verificare autonomamente il pagamento della somma attraverso l'accesso al portale Anac.

4.- Alla luce di tutte le considerazioni svolte, assorbita ogni altra doglianza, il ricorso merita accoglimento e, per l'effetto, gli atti impugnati sono annullati.

5.- Le spese di lite, regolate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti gravati.

Liquida, in favore della parte ricorrente, la somma complessiva di Euro 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri e accessori di legge, a titolo di spese di lite, di cui Euro 1.000,00 (mille/00), oltre oneri e accessori di legge a carico del Comune resistente ed Euro 1.000,00 (mille/00), oltre oneri e accessori di legge a carico della controinteressata.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2020

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO