

Consiglio di stato, sezione quinta, n. 3506 del 4 giugno 2020

Avvalimento – Soccorso istruttorio – Integrazione al contratto - Inammissibilità

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6857 del 2019, proposto da

.....S.r.l., in proprio e in qualità di mandataria dell'Ati con il Sociale per azioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato in Roma, via

contro

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
..... S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via, n.

nei confronti

.....,, non costituiti in giudizio.

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Seconda, n. 08121/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'..... e di S.p.A.;

Visto l'appello incidentale di quest'ultima;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 3386 del 29 maggio 2020;

Relatore nell'udienza del giorno 28 maggio 2020, tenuta con le modalità di cui all'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020 come da verbale, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca, e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 09/1/19 e depositato il 14/1/19 s.p.a. ha impugnato la deliberazione n. 78 del 07/12/18, con cui il Consiglio di amministrazione dell'..... ha aggiudicato al RTIS.r.l. – Soc. Coop. Sociale la *“procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia di sedi, aree pertinenziali, stazioni metro – ferroviarie e parcheggi, magazzini, uffici, bagni, spogliatoi, mensa, materiale rotabile, pozzi di ventilazione, sottostazioni elettriche, deposito-officina della Metropolitana C), nonché la sostituzione della lampade ed attività di assistenza e rimozione graffiti”*, e, *in parte qua*, i verbali di gara relativi alle sedute pubbliche e riservate, nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del controinteressato, il bando, il disciplinare ed il capitolato.

Con successivo ricorso notificato il 05/2/19 e depositato il 12/2/19 s.p.a. ha impugnato con motivi aggiunti, oltre agli atti già gravati in via principale, l'elenco dei *“concorrenti regolarmente ammessi nella seduta del 19/07/2018”*, pubblicato sul sito web - sezione amministrazione trasparente, nella parte in cui ammette il RTI I.C. Servizi, e, *in parte qua*, i verbali del seggio di gara n. 1 del 10 luglio

2018 e n. 2 del 19 luglio 2018 ed, ancora, i verbali della commissione giudicatrice n. 1 del 24 luglio 2018, n. 2 del 30 luglio 2018, n. 3 del 20 agosto 2018, n. 4 del 21 agosto 2018, n. 5 del 22 agosto 2018, n. 6 del 23 agosto 2018, n. 7 del 27 agosto 2018, n. 8 del 28 agosto 2018, n. 9 del 7 settembre 2018, n. 10 del 13 settembre 2018, n. 11 del 14 settembre 2018, n. 12 del 21 settembre 2018, n. 13 del 25 settembre 2018 relativi alle sedute pubbliche e riservate nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del RTI controinteressato.

Infine, con atto notificato il 20/3/19 e depositato il 21/3/19 la stessa ricorrente ha impugnato con ulteriori motivi aggiunti, oltre agli atti già gravati, anche gli allegati ai verbali recanti i punteggi attribuiti dai commissari con il metodo del “confronto a coppie”.

1.1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio -dopo aver dato atto delle difese svolte dall'..... e dalla controinteressata, nonché delle vicende cautelari seguite alla proposizione di ciascuno dei detti ricorsi- ha deciso come segue:

-ha respinto il ricorso principale;

-ha accolto la domanda di annullamento formulata con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 12/2/2019 e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati, precisando in motivazione che l'accoglimento comporta *“l'annullamento degli atti ivi impugnati (in primis l'ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato, che avrebbe dovuto essere escluso, e, conseguentemente, l'aggiudicazione in favore dello stesso) nei limiti di quanto di interesse della ricorrente e, comunque, con esclusione del bando, del disciplinare e del capitolato”*;

- ha respinto le domande, formulate nel ricorso per motivi aggiunti depositato il 12/2/2019, con cui s.p.a. ha chiesto la condanna della stazione appaltante a disporre, nei suoi confronti, l'aggiudicazione, il subentro nel contratto ed il risarcimento del danno;

-ha dichiarato l'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso per motivi aggiunti depositato il 21/3/2019;

- ha disposto la compensazione delle spese tra le parti.

2.s.r.l. ha avanzato appello con due motivi.

2.1. L'.....- Azienda per la mobilità del Comune di Roma e s.p.a. si sono costituite, la prima aderendo e la seconda resistendo all'appello.

2.2. s.p.a. ha proposto appello incidentale subordinato all'accoglimento dell'appello principale, al fine di riproporre i motivi non accolti e quelli dichiarati improcedibili in primo grado.

.....s.r.l. ha resistito all'appello incidentale con apposita memoria.

2.3. All'esito della camera di consiglio del 10 ottobre 2019 l'esame dell'istanza cautelare è stato abbinato alla discussione di merito.

In vista di quest'ultima tutte le parti hanno depositato memorie ex art. 73 cod. proc. amm. e le appellanti, principale e incidentale, anche memorie di replica.

2.4. A seguito di due rinvii d'ufficio (il secondo, riguardante l'udienza del 19 marzo 2020, disposto ai sensi dell'art. 84, comma 1, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18) il 3 aprile 2020 ha depositato istanza di prelievo.

2.5. Fissata la data per la trattazione del merito, s.p.a. ha depositato note di udienza ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27.

In data 28 maggio 2020 la causa è passata in decisione, ai sensi di tale ultima norma, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ed è stata deliberata in camera di consiglio ai sensi del comma 6 della stessa disposizione.

In data 29 maggio 2020 è stato pubblicato il dispositivo, richiesto da con istanza del 25 maggio 2020.

3. I due motivi dell'appello principale sono volti a censurare l'accoglimento, con la sentenza appellata, del primo e del quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti

depositato dalla società s.p.a. in data 12 febbraio 2019, aventi rispettivamente ad oggetto:

- la violazione degli artt. 59, comma 4, 83, commi 1 e 9, e 89 d.lgs. 50/2016, del punto III.1.3 del bando e degli artt. 8.11, 9 e 10.5 del disciplinare e la violazione del principio di *par condicio*, in quanto la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito alla controinteressata di produrre, attraverso il soccorso istruttorio, la dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria in relazione all'avvalimento utilizzato ai fini della qualificazione;

- la violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 30, 95 e 97 d. lgs. n. 50/16, carenza di istruttoria ed incongruità della motivazione in quanto l'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario sarebbe inattendibile ed incongrua presentando un notevole scostamento dalle tabelle ministeriali di riferimento per quanto concerne i costi aziendali della sicurezza ed i costi della manodopera.

4. Col primo motivo d'appello (*Erroneità della sentenza n. 8121/2019 del Tar Lazio, Roma per errata applicazione degli artt. 59, comma 4, 83, commi 1 e 9, e 89 del d.lgs. 50/2016. Violazione ed errata applicazione dei principi di par condicio e favor participationis. Eccesso di potere per sviamento, errato presupposto in fatto, travisamento, contraddittorietà, illogicità. Violazione art. 97 Cost.*) è censurata la decisione sul primo motivo.

4.1. Al riguardo la sentenza ha dato atto della rilevanza dei seguenti elementi di fatto, incontrovertibili anche in appello:

- il bando di gara (sez. III pagg. 3-4) richiede, tra i requisiti di ordine speciale, l'iscrizione al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane di cui alla l. n. 82 del 1994 e al d.m. 274 del 1997, comprovante la classificazione in una fascia non inferiore ad "L" (del valore di oltre euro 8.263.310,00 più IVA) di cui all'art. 3 del decreto stesso; nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo d'impresе il requisito in esame deve essere posseduto dalla mandante e dalla mandataria "*in modo tale che la somma dei singoli importi di classificazione di cui al d.m. 274/97, posseduta dai singoli componenti*

il raggruppamento, deve risultare pari o superiore alla fascia prevista e sopra indicata” (pag. 4 del bando);

- ai fini della partecipazione alla gara la concorrente IC Servizi s.r.l. ha dichiarato di avvalersi, ai sensi dell’art. 89 d. lgs. n. 50 del 2016, del requisito costituito dalla fascia di classificazione “I” di cui all’art. 3 d.m. n. 274 del 1997 (corrispondente ad un volume di affari fino ad euro 8.263.310,00) fornito dall’ausiliaria

- dall’esame del verbale del seggio di gara n. 1 del 10/7/18 emerge che, ai fini dell’avvalimento, il Rti IC Servizi s.r.l. ha prodotto la propria dichiarazione ed il contratto di avvalimento, ma non anche la dichiarazione con cui l’ausiliaria si impegna a mettere a disposizione, nei confronti del concorrente e della stazione appaltante, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;

- per l’acquisizione del documento in esame la stazione appaltante è ricorsa al soccorso istruttorio (come si desume dal verbale del seggio di gara n. 2 del 19/7/18; in questo senso anche la nota del 12/7/18 costituente l’allegato n. 3 alla memoria difensiva depositata il 13/2/19).

4.2. Date tali risultanze, il primo giudice ha ritenuto illegittimo il soccorso istruttorio *“in quanto avente ad oggetto un documento essenziale ai fini dell’operatività dell’istituto dell’avvalimento e, quindi, del conseguimento del relativo requisito di partecipazione.”*.

Sull’essenzialità della dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con la quale quest’ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse di cui è carente il concorrente, la sentenza motiva come segue:

<< [...] è un atto essenziale, ai fini dell’operatività dell’istituto dell’avvalimento, in quanto costituisce lo strumento attraverso il quale l’ausiliaria assume un obbligo giuridico diretto nei confronti della stazione appaltante.

Tale impegno giuridico, contrariamente a quanto dedotto da, è essenziale:

- ai fini dell'applicazione delle misure (segnalazione all'Anac e, se del caso, iscrizione nel casellario informatico) previste dall'art. 80 comma 12 d. lgs. n. 50/16, nel caso di falsità delle dichiarazioni dei sottoscrittori e, quindi, dell'ausiliaria;
- per l'operatività della solidarietà dell'ausiliaria "nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" (disciplinata dall'art. 89 comma 5 d. lgs. n. 50/16);
- per le verifiche in fase esecutiva che coinvolgono direttamente l'ausiliaria alla quale vanno inviate "le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori" (art. 89 comma 9 d. lgs. n. 50/16).>>.

4.3. Dopo aver richiamato la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato sulla rilevanza delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria (Cons. Stato, n. 6551/18, n. 4765/18, n. 3682/17 e n. 4406/12), la sentenza conclude che, attesa la sua essenzialità, il documento contenente la dichiarazione di impegno verso il concorrente e verso la stazione appaltante non può essere acquisito attraverso il soccorso istruttorio, perché <<la fattispecie non rientra nelle ipotesi di "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", nelle quali l'art. 83 comma 9 d. lgs. n. 50/16 consente il ricorso al soccorso istruttorio e ciò in quanto, influenzando la dichiarazione sullo stesso perfezionamento dell'avvalimento, la produzione del documento consentirebbe al concorrente di acquisire il requisito di partecipazione in epoca successiva alla scadenza dei termini per la presentazione della domanda e dell'offerta, con conseguente inammissibile violazione della par condicio dei partecipanti>>.

4.4. Da qui la conseguenza che <<il raggruppamento controinteressato, al momento di presentazione della domanda, non fosse in possesso del requisito di partecipazione riferibile all'iscrizione al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane di cui alla l. n. 82/94 e al d.m. 274/97, comprovante la classificazione in una fascia non inferiore ad "L" (del valore di oltre euro 8.263.310,00 più IVA), e, pertanto, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.>>.

5. L'appellante censura la decisione osservando che:

A) premesso che il requisito oggetto di avvalimento non sarebbe stato contemplato a pena di esclusione tra le condizioni di partecipazione, il, oltre ad aver sottoscritto il contratto di avvalimento in data 12 giugno 2018, avrebbe reso sia la dichiarazione di messa a disposizione del requisito dell'impresa ausiliaria, sia compilato perfettamente il DGUE, manifestando chiaramente l'impegno nei confronti della stazione appaltante, non solo di prestare i requisiti oggetto del contratto di avvalimento, ma soprattutto di essere responsabile in solido con il concorrente ATInei confronti di; il giudice non avrebbe tenuto conto di tali fatti documentati, che comproverebbero la presenza e preesistenza della dichiarazione in oggetto perché redatta il 12 giugno 2018, prima della scadenza delle offerte;

B) come dimostrerebbe la giurisprudenza richiamata in ricorso, riguardante il soccorso istruttorio, questo sarebbe sempre applicabile, salve le ipotesi di irregolarità riguardanti la produzione di documenti la cui mancanza comporti l'esclusione dalla procedura perché espressamente prevista dalla legge o dagli atti di gara (come da Ad. Plen. n. 9/14), secondo quanto sarebbe stato definitivamente sancito dalla Corte di Giustizia UE, sez. VIII, 28 febbraio 2018, in cause riunite C-523/16 e C-536/16); inoltre il testo dell'art. 89, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 ha ampliato la portata dell'istituto, in quanto ne avrebbe escluso l'applicazione soltanto per le *“irregolarità essenziali non sanabili”* che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della documentazione; d'altronde la giurisprudenza amministrativa richiamata dall'appellante (Cons. Giust. Amm. 5 novembre 2018, n. 701 ed altre) ha ammesso il soccorso istruttorio per le dichiarazioni sui requisiti di moralità e di professionalità di cui all'art. 80 ovvero per la documentazione sul soddisfacimento dei criteri di selezione dell'art. 83;

C) la pronuncia sarebbe errata inoltre nella parte relativa all'essentialità non sanabile del documento di cui all'art. 89, atteso che quest'ultima disposizione dice soltanto

che il concorrente “allega” e non anche “deve allegare” detta dichiarazione; il dato testuale e la vigenza dei principi di carattere comunitario di cui al precedente punto B) avrebbero dovuto indurre a ritenere ammissibile il soccorso istruttorio, per evitare “inutili formalismi” e garantire il rispetto del principio del *favor participationis* (di cui al successivo punto D dell’atto di appello).

6. Il motivo è infondato.

Incontestati i dati di fatto di cui sopra, va sottolineato che i concorrenti avrebbero dovuto possedere, quale “condizione di partecipazione”, l’iscrizione al registro delle imprese di cui all’art. 3 del d.m. n. 247 del 1997 con classificazione in fascia non inferiore alla “L”. Poiché I.C. Servizi, mandataria del raggruppamento aggiudicatario, possiede la fascia di classificazione “G” e la mandante, soc. coop. sociale la fascia di classificazione “E”, al fine di soddisfare il requisito di partecipazione si è reso indispensabile l’avvalimento della fascia di classificazione “I” dell’ausiliario

Si tratta di requisito necessario per la partecipazione alla gara e per l’ammissibilità dell’offerta, la cui mancanza avrebbe perciò comportato l’esclusione del concorrente, per le seguenti previsioni della legge di gara:

- punto III.1 del bando che appunto lo inserisce tra le “condizioni di partecipazione”;
- punto 2 del disciplinare che prevede che avrebbero potuto partecipare alla gara tutti i soggetti “*in possesso dei requisiti prescritti dal bando di gara*”;
- punto 9.3 lett. g) che prevedeva quali cause di esclusione le ipotesi contemplate dall’art. 59, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, tra le quali vi è l’inammissibilità delle offerte che “*non hanno la qualificazione necessaria*” (lett. b).

Venendo meno l’avvalimento, viene meno in capo al raggruppamento controinteressato, appellante principale, il requisito di partecipazione alla gara e tale partecipazione resta preclusa.

A quanto sin qui esposto va aggiunto che il disciplinare di gara prevedeva quali cause di esclusione o di irricevibilità delle offerte, in caso di ricorso all'avvalimento, la mancanza di quanto richiesto dall'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (punto 9.4) ed, in proposito, prescriveva come necessaria la produzione delle "dichiarazioni/documenti" di cui a tale ultima norma, da firmarsi digitalmente da parte dei legali rappresentanti (punto 8.11).

Ancora il disciplinare di gara regolava la procedura di soccorso istruttorio per *"incompletezza, irregolarità o mancanza degli elementi e delle dichiarazioni richieste"*, e, dopo aver richiamato l'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 e riportato il testo della disposizione del codice dei contratti pubblici, espressamente precisava *"[...] ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui sopra, che la stazione appaltante si è strettamente attenuta ai criteri di legalità, pertinenza e proporzionalità nella richiesta di elementi e dichiarazioni da produrre in sede di gara, sicché le stesse sono da ritenersi tutte essenziali ai fini della procedura"* (punto 10.5).

Anche soltanto in considerazione delle richiamate clausole della legge di gara, è da ritenersi che l'omissione della produzione documentale abbia riguardato una dichiarazione essenziale, concernente una condizione di partecipazione, non sanabile con il soccorso istruttorio.

6.1. Tale conclusione è, inoltre, coerente sia con la disposizione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n.50 del 2016, che con la relativa interpretazione giurisprudenziale.

Il testo di legge distingue la dichiarazione, con cui l'ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, sia dalla dichiarazione che la stessa ausiliaria deve rendere sul possesso dei requisiti e delle risorse che dal contratto di avvalimento. L'art. 89 richiede la produzione di tutti e tre i documenti perché si configuri la fattispecie complessa dell'avvalimento e questa trovi valido

ingresso nella procedura di gara per il tramite della domanda di partecipazione dell'impresa concorrente che intenda farvi ricorso.

La giurisprudenza, richiamata anche nella sentenza di primo grado, è poi univocamente nel senso che:

- ai fini dell'avvalimento vanno tenuti distinti i documenti che l'art. 89 del codice dei contratti pubblici prescrive debbano essere prodotti dal concorrente che vi fa ricorso *“in quanto il contratto ha un'efficacia inter partes; con lo stesso l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente ausiliato a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. L'impresa ausiliaria si obbliga invece nei confronti della stazione appaltante con separata dichiarazione, mediante la quale mette a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Tale distinzione discende proprio dalla previsione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, che richiede di tenere distinto il contratto di avvalimento dalla dichiarazione; lungi dal costituire un mero formalismo, tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avvalimento è fonte per il medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del concorrente”* (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7188, da ultimo richiamata nei termini appena riportati da Cons. Stato, V, 21 maggio 2020, n. 3209);

- attesa la diversità di natura, contenuto e finalità, quindi attese l'autonomia e la necessaria complementarietà, dei documenti richiesti dall'art. 89, comma 1, la mancanza dell'uno non può essere supplita dall'altro o da determinati elementi o contenuti dell'altro, dovendosi ritenere che siano tutti essenziali, poiché la piana lettura delle disposizioni *“fa emergere che, per l'art. 89 del d.lgs. 50/2016, così come, a suo tempo, per il comma 2 dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006, una cosa è la produzione della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria verso il concorrente e verso la stazione appaltante, altra cosa è la produzione del contratto di avvalimento. [...] le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria*

di cui trattasi e il contratto di avvalimento non sono sovrapponibili, ciò anche laddove, come rilevato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 23 del 2016 in relazione alla dichiarazione di cui alla lett. d) dell'art. 49 del previgente Codice appalti, si tratti per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'obbligo circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento: il particolare rigore delle predette coordinate ermeneutiche trova infatti rispondenza, per l'Adunanza Plenaria, in un necessario atteggiamento di cautela, volto a temperare il rischio di un uso distorto dell'istituto", con la conseguenza della necessità della distinta dichiarazione d'impegno da rendersi da parte dell'ausiliaria, "da confermarsi, nell'identità di adempimenti e delle sottostanti esigenze, quanto alla analoga dichiarazione oggi prevista dall'art. 89, comma 1, del d.lgs. 50/2016" (così Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6551, in un caso analogo al presente).

6.2. La totale mancanza della dichiarazione d'obbligo nei confronti della stazione appaltante -come accaduto nella gara *de qua*- e la sua essenzialità, quindi insostituibilità con l'attestazione sul possesso dei requisiti e con l'assunzione delle obbligazioni contenute nel contratto di avvalimento, comportano l'impossibilità di sanare l'omissione col soccorso istruttorio. La carenza documentale non consentiva di accertare, in sede di verifica della documentazione amministrativa, se l'ausiliaria avesse reso la dichiarazione di impegno verso la stazione appaltante e quale fosse il suo contenuto, atteso che questo, come detto, non è desumibile *aliunde*, in specie dagli altri documenti prodotti per comprovare l'avvalimento.

6.2.1. I richiami giurisprudenziali dell'appellante, in tema di soccorso istruttorio consentito per integrare la documentazione necessaria per comprovare l'assenza di cause di esclusione ex art. 80 o il soddisfacimento dei criteri di selezione previsti dall'art. 83, non sono pertinenti perché attengono alla diversa situazione in cui il concorrente abbia reso le dichiarazioni o prodotto i documenti, ma vi siano

incompletezze o irregolarità rispetto alle dichiarazioni o ai documenti già presentati in gara.

Maggiormente si attaglia al caso di specie, pur nella non totale sovrapposibilità della situazione di fatto (in cui era mancata del tutto la dichiarazione di volontà di ricorrere all'avvalimento, laddove nel caso di specie è mancata la dichiarazione di volontà dell'impresa ausiliaria di obbligarsi nei confronti della stazione appaltante, comunque elemento indefettibile della fattispecie negoziale complessa, per quanto detto sopra) il recente pronunciamento di questa Sezione V, 4 maggio 2020, n. 2836, secondo cui il soccorso istruttorio “[...] *certamente non è idoneo a sopperire alla mancata manifestazione d’una determinata volontà da parte dell’operatore. Il soccorso istruttorio vale infatti a superare vizi, carenze e irregolarità di natura formale o documentale, ma non può essere rivolto alla sollecitazione di una dichiarazione di volontà non espressa dal concorrente, né tanto meno può consentirla. In caso contrario, da un lato risulterebbe violata la ratio dell’istituto, esteso - fuori dal perimetro delle irregolarità formali - alla manifestazione (tutt’altro che formale, bensì) di volontà del concorrente, che nondimeno quest’ultimo non ha reso; dall’altro sarebbe consentita una modifica sostanziale delle dichiarazioni di gara, incidente sulle stesse modalità di partecipazione (con conseguenze sul canone generale della par condicio tra i partecipanti alla procedura), nonché sull’esecuzione della prestazione da parte dell’operatore economico, e dunque sulla conformazione complessiva dell’offerta.*”.

6.3. Malgrado la maggiore ampiezza della disposizione dell’art. 83, comma 9, dell’attuale codice dei contratti pubblici rispetto all’art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, sono tuttora validi i principi generali in tema di “potere di soccorso” nelle pubbliche gare elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, e riportati e condivisi dalla sentenza dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 14 febbraio 2014, n.9, ed in specie:

<< [...] *l’esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. “potere di soccorso”, avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l’allargamento del suo ambito applicativo*

alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;

[...] l'esegesi rigorosa del “soccorso istruttorio” trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione;

[...] per meglio definire il perimetro del “soccorso istruttorio” è necessario distinguere tra i concetti di “regolarizzazione documentale” ed “integrazione documentale”: la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del “soccorso istruttorio” è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi>>.

6.3.1. L'applicazione di tali principi al caso di specie comporta che:

- essendo stata totalmente omessa la produzione della dichiarazione, si tratta di integrazione, e non di regolarizzazione, documentale;
- l'essenzialità della dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria, desumibile dall'art. 89, comma 1 e dalle previsioni della legge di gara sopra richiamate, che espressamente imponevano la produzione delle dichiarazioni/documenti di cui allo stesso articolo, sancendone l'essenzialità, non consentiva l'esercizio del potere di soccorso istruttorio per produrre il documento mancante, pena la violazione del principio di parità di trattamento (cfr. Cons. Stato, III, 28 novembre 2018, n. 6752);

- anche a voler ritenere che il raggruppamento concorrente fosse incorso in una “dimenticanza” nella presentazione della documentazione, non si tratterebbe di mero errore materiale o refuso (dovendosi intendere per tale la svista o la disattenzione nella redazione dell’offerta emergente *ictu oculi* dal documento: cfr. Cons. Stato, V, 23 marzo 2017, n. 1320), bensì di un errore del quale il concorrente deve sopportare le conseguenze per il su richiamato generale principio di auto-responsabilità.

A ciò si aggiunga che il documento prodotto a seguito dell’attivazione del soccorso istruttorio è privo di data certa, sicché non vi è alcun positivo riscontro dell’affermazione del raggruppamento aggiudicatario, avallata dalla stazione appaltante, secondo cui la dichiarazione della quale è stata omessa la produzione in sede di offerta, fosse stata redatta il 12 giugno 2018, contestualmente al contratto di avvalimento, e fosse quindi preesistente al termine di scadenza per la partecipazione alla gara; se è vero, infatti, che la norma sull’avvalimento dell’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 non richiede che della documentazione della quale è previsto il deposito sia fornita la data certa, tale requisito è di fatto assicurato dalla produzione unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, laddove -come si è già avuto modo di osservare in giurisprudenza- quando *“il deposito sia avvenuto in un momento successivo, si pone oggettivamente il problema di evitare (al fine di garantire la par condicio tra i concorrenti, oltre che la serietà dell’offerta) che il ricorso al soccorso istruttorio possa prestarsi, in concreto, all’elusione dei termini perentori di presentazione delle offerte (nella loro completezza, ossia con la relativa documentazione di supporto) tramite la successiva produzione di una qualsiasi scrittura privata che se del caso riporti – ora per allora – una data “di comodo” (ossia retrodatata), non corrispondente al momento effettivo dell’accordo”* (così Cons. Stato, V, 20 agosto 2019, n. 5747); la prova della data certa della dichiarazione del Consorzio ausiliario -in disparte l’utilità ai fini della partecipazione alla gara- non è stata comunque fornita dalla controinteressata.

6.4. Il primo motivo di ricorso va quindi respinto e va confermata la decisione di annullamento degli atti impugnati, così come emessa dal giudice di primo grado, nei limiti dell'interesse della ricorrente s.p.a.

7. Il rigetto del primo motivo d'appello comporta l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del secondo motivo, volto a censurare l'accoglimento in primo grado del motivo sull'inattendibilità ed incongruità dell'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario. La valutazione di quest'ultima risulta infatti definitivamente preclusa dall'annullamento dell'aggiudicazione per carenza del requisito di partecipazione oggetto del contratto di avvalimento.

7.1. Parimenti improcedibile per carenza d'interesse è l'appello incidentale, che l'appellante incidentale ha espressamente subordinato all'accoglimento dell'appello principale.

8. In conclusione, l'appello principale va respinto e l'appello incidentale va dichiarato improcedibile.

8.1. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo in favore della società s.p.a.

Le spese vanno compensate con, considerate le ragioni della decisione, contrarie all'operato della stazione appaltante ed all'adesione prestata ai motivi dell'appello principale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante principale al pagamento delle spese processuali in favore della società S.p.A., liquidate nell'importo complessivo di € 5.000,00, oltre accessori come per legge; compensa le spese nei confronti dell'.....

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, convertito dalla legge n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO