

TAR Campania, Sezione Seconda, Sentenza n. 855 del 31 gennaio 2025

Appalti di servizi – Requisiti di partecipazione – Carezza documentale – Sanabile con soccorso istruttorio

Publicato il 31/01/2025

N. 00855/2025 REG.PROV.COLL.

N. 05342/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5342 del 2024, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), dall'avv. (...) e dall'avv. (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di (...), Comune di (...), Comune di (...), non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

-del provvedimento prot. n.442 del 10 ottobre 2024, a firma del Responsabile della CUC intimata, recante l'aggiudicazione definitiva, in favore della società "(...) s.r.l.", con il ribasso offerto del 6,05%, della procedura di gara europea aperta per accordo quadro triennale con due operatori per la fornitura del servizio di ristorazione scolastica - lotto 2 – CIG: (...).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...), dell'(...) e della (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2025 la dott.ssa Daria Valletta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti più puntualmente indicati in epigrafe, e, segnatamente, del provvedimento prot. n.442 del 10 ottobre 2024 recante l'aggiudicazione definitiva, in favore della società "(...) s.r.l.", della procedura di gara europea aperta per accordo quadro triennale con due operatori per la fornitura del servizio di ristorazione scolastica - lotto 2 – CIG: (...), articolando i seguenti motivi di gravame:

1) in primo luogo, si lamenta l'illegittimità dell'ammissione con riserva, disposta con il verbale n.1/2024 della Commissione di gara, della società "(...)" s.r.l. nonché l'attivazione, in favore della stessa, del cd. soccorso istruttorio in ragione della mancata dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnica e professionale di "regolare esecuzione negli ultimi tre anni antecedenti la data di

pubblicazione del bando di gara di servizi analoghi al servizio di refezione scolastica per un importo complessivo minimo pari a € 2.000.000, 00 IVA esclusa”; si assume in proposito che la società aggiudicataria non solo non aveva fornito minima prova circa il predetto requisito, ma non ne aveva dichiarato neanche il possesso in sede di DGUE; -si asserisce che le certificazioni prodotte in sede di soccorso istruttorio, e in particolare quelle rilasciate per il servizio svolto negli anni 2022 e 2023 dal Comune di (...), non attesterebbero la regolare esecuzione del servizio, prevista, invece, dal Disciplinare di gara e, in più, non specificerebbero se l'importo di euro 108.318,03 relativo all'anno 2023 è comprensivo di IVA (nel caso in cui andasse scomputata l'IVA, non si raggiungerebbe infatti la soglia di fatturato richiesto dal Disciplinare);

2) si assume che il requisito di cui all'art. 6.3, lett.a) del disciplinare di gara sarebbe relativo alla capacità tecnica e professionale, e dunque rientrante tra i requisiti di ordine speciale riportati nell'art.100 del codice appalti: ne discende che il soccorso istruttorio non avrebbe dovuto trovare spazio.

Si sono costituiti il Comune di (...) e l'(...), chiedendo la reiezione del gravame; analoghe conclusioni sono state svolte dalla (...) Srl, a sua volta costituitasi in giudizio.

All'udienza pubblica in data 22 gennaio 2025 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si controverte circa la legittimità dell'aggiudicazione, in favore della società (...), della gara per la fornitura del servizio di ristorazione scolastica bandita dall'Amministrazione precedente.

La ricorrente sostiene, infatti, che nella fattispecie in commento le carenze della documentazione allegata alla domanda dell'aggiudicataria non sarebbero state emendabili tramite il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, e che, in ogni caso, gli atti prodotti nel corso della suddetta fase incidentale non costituirebbero idonea

dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara.

Viene in rilievo, in particolare, il disposto dell'art.6.3, lett.a), del disciplinare di gara che prevede quale requisito di capacità tecnica e professionale la “*regolare esecuzione negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara di servizi analoghi al servizio di refezione scolastica per un importo complessivo minimo pari a € 2.000.000,00 IVA esclusa*”.

2. Appare opportuno, in via logica, prendere abbrivio dalla disamina della censura con la quale si assume che, nel caso in commento, la stazione appaltante non avrebbe potuto dar corso al soccorso istruttorio.

Giova premettere che il disciplinare di gara, al punto 6, prevede quanto segue: “*I concorrenti devono possedere, a pena di esclusione, i requisiti previsti nei commi seguenti. La stazione appaltante verifica il possesso dei requisiti di ordine speciale accedendo al fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE). L'operatore economico è tenuto ad inserire nel FVOE i dati e le informazioni richiesti per la comprova del requisito, qualora questi non siano già presenti nel fascicolo o non siano già in possesso della stazione appaltante e non possano essere acquisiti d'ufficio da quest'ultima*”.

Al successivo punto 6.3 lett.a) si dispone: “*a) Regolare esecuzione negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara di servizi analoghi al servizio di refezione scolastica per un importo complessivo minimo pari a € 2.000.000,00 IVA esclusa.*

La comprova del requisito è fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

- certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;*
- contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse;*
- attestazioni rilasciate dal committente privato, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione;*
- contratti stipulati con privati, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il pagamento delle stesse”.*

Infine, al punto 14, si stabilisce: *“Con la procedura di soccorso istruttorio di cui all’articolo 101 del Codice, possono essere sanate le carenze della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione ma non quelle della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica.*

Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica.

Non sono sanabili le omissioni, le inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l’identità del concorrente.

A titolo esemplificativo, si chiarisce che:

-il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio ed è causa di esclusione dalla procedura di gara;

-l’omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità della domanda, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni (..)”.

Dunque, la disciplina di gara rilevante ai fini in commento prevede la possibilità per la stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti di ordine speciale accedendo al fascicolo virtuale dell’operatore economico (FVOE), nonché quella di far ricorso al soccorso istruttorio al fine di sanare eventuali incompletezze della documentazione relativa alle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione, con il solo limite costituito dal divieto di integrare l’offerta tecnica e quella economica.

Sulla scorta di tali coordinate, conformi al paradigma legale, la stazione appaltante risulta aver dato legittimamente corso al soccorso istruttorio.

Ed infatti, la società aggiudicataria nella domanda di partecipazione alla gara ha dichiarato di essere in possesso di fatturato globale maturato nel triennio (2021/2023) almeno pari a 2.000.000,00, IVA esclusa, e in particolare pari a 2.971.220 (cfr. domanda di partecipazione in allegato alla produzione di parte

resistente).

La controinteressata assume, in primo luogo – senza che sul punto sia stata svolta alcuna specifica contestazione - che la documentazione di interesse avrebbe potuto essere reperita dall'Amministrazione accedendo al fascicolo virtuale dell'impresa, ove risultavano inseriti i **contratti** stipulati: ciò risulta senz'altro conforme alle previsioni del disciplinare in precedenza riportate.

La stazione appaltante ha, invece, preferito ricorrere al meccanismo del soccorso istruttorio, come pure consentito dalla disciplina di gara citata, trattandosi di una delle ipotesi di integrazione testualmente previste dal punto 14 in precedenza riportato, e non venendo in rilievo alcuna integrazione dell'offerta tecnica o economica.

Sul punto, la giurisprudenza ha condivisibilmente osservato: *“L'istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano - laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti - in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa; la stazione appaltante pertanto deve verificare unicamente, alla luce dell'ampia soccorribilità di carenze documentali in materia di contratti pubblici, se quanto oggetto del soccorso istruttorio sia elemento integrante il contenuto dell'offerta tecnica ed economica, uniche ipotesi di soccorso vietato (e ciò a prescindere dalla circostanza che si tratti di irregolarità di documentazione depositata o di vera e propria omissione della produzione documentale)”* (T.A.R. , Cagliari , sez. II , 13/12/2023 , n. 939); *“Non si può escludere, in linea di principio, il soccorso istruttorio nel caso in cui, dichiarato il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, il concorrente produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione. L'istituto del soccorso istruttorio deve, infatti,*

ritenersi ammissibile al fine di colmare le carenze documentali riguardanti la comprova dei requisiti generali e speciali in quanto la disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici ed all'Amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario. In questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio in generale tende ad evitare che irregolarità ed inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse della stazione appaltante, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili?" (cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 06/05/2021, n. 5330); "La regola del soccorso istruttorio - che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le Stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici - ha visto riconosciuta ed accresciuta la sua centralità anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici, che prevede espressamente il c.d. soccorso sanante (all'art. 101, comma 1, lett. b, d.lgs. 31 marzo 2023 n. 36), consentendo, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili)" (cfr. T.A.R. , Roma , sez. V , 05/12/2023 , n. 18215); "In tema di soccorso istruttorio, - con particolare riguardo a fattispecie ricadenti ratione temporis nella vigenza del "nuovo" codice appalti di cui al D.Lgs n. 36/2023 - tale istituto obbedisce, per vocazione generale. ex art. 6 l. n. 241/1990, ad una fondamentale direttiva antiformalistica che deve guidare l'azione dei soggetti pubblici e di quelli ad essi equiparati. Con particolare riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa (cfr., conforme Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870" (cfr. Tar Veneto con sentenza n. 2142/2024).

Deve, quindi, concludersi nel senso di escludere un'omissione giustificativa

dell'esclusione dell'impresa, sia perché la documentazione contrattuale rilevante era reperibile tramite accesso al FVOE, sia perché il ricorso al soccorso istruttorio non era precluso.

3. Occorre, dunque, procedere alla disamina dell'altro punto controverso, e cioè quello relativo alla verifica dell'idoneità della documentazione prodotta ai fini della comprova del requisito in commento: gli aspetti oggetto di contestazione ad iniziativa della ricorrente sono due, e attengono alla mancanza di attestazione della regolare esecuzione del servizio nel certificato rilasciato dal Comune di (...) per gli anni 2022 e 2023 e alla mancata indicazione, per l'importo di euro 108.318,03 relativo all'anno 2023, dell'incidenza dell'IVA.

I motivi di doglianza non colgono nel segno.

Quanto al primo dei profili evidenziati, è agevole osservare che l'attestazione dell'avvenuta esecuzione del servizio da parte dell'Amministrazione appaltante deve intendersi, in via logica, come attestazione di regolare espletamento dello stesso, mancando qualunque indicazione di segno contrario, che avrebbe dovuto includersi se l'esecuzione non fosse avvenuta regolarmente; del resto, il citato punto 6.3 del disciplinare prevede che la certificazione dell'Amministrazione dovesse contenere indicazione *“dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione”*, senza alcuna ulteriore specificazione.

Neppure sussiste alcun dubbio concreto relativamente alla quantificazione dell'importo del fatturato al netto oppure al lordo, giacché nel prospetto riepilogativo dei servizi resi dalla (...), prodotto in sede di soccorso istruttorio, l'importo relativo all'anno 2023 per il Comune di (...) viene espressamente indicato nella misura di euro 108.318,03 *“TVA esclusa”*.

4. Conclusivamente, il ricorso non merita accoglimento.

Il regolamento delle spese di lite segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite, liquidate nella misura di euro 1.000,00, in favore di ciascuna delle due parti resistenti e in euro 1.000,00 favore della controinteressata, oltre accessori di legge, se dovuti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Daria Valletta, Primo Referendario, Estensore

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Daria Valletta

IL PRESIDENTE

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO