

Contenuto e limiti operativi del nuovo soccorso istruttorio

Autore: Cassano Giuseppe

In: Diritto amministrativo

La nuova disciplina del soccorso istruttorio - volta al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche dalle gare pubbliche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie - rinviene il solo limite intrinseco dell'inalterabilità del contenuto dell'offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e della non modificabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara.

Il fatto

Innanzi all'adito Tar Lecce è chiesto l'annullamento (tra gli altri) del verbale con il quale si escludeva una società (poi parte ricorrente) dalla gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia e primaria di un determinato Comune, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rientrante nell'Allegato II B del D.Lgs. n. 163/2006.

Numerose sono state le questioni di diritto affrontate e risolte dal G.A. salentino.

La decisione del Tar Lecce

In primis l'adito G.A., richiamando i capisaldi formulati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 30 luglio 2014, sottolinea come:

a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 possa essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma non dovendo necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal Legislatore;

b) tale dichiarazione non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;

c) una dichiarazione sostitutiva resa nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) deve ritenersi completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

In altro passo della sentenza in esame il Tar Lecce sottolinea che, con riferimento al rito speciale ex

art. 120 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA), di norma (e salvo prova contraria) solo la ricezione della comunicazione di aggiudicazione ex art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006 cristallizza il momento della piena conoscenza.

In ogni caso, quest'ultima, da un lato, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, si ricollega all'intervenuta individuazione del contenuto dell'atto, e, dall'altro, deve essere della parte e non del suo difensore (pena la violazione del principio costituzionale della effettività del diritto di difesa).

Venendo più da vicino al merito del ricorso, nella sentenza in esame la società ricorrente sostanzialmente deduce la violazione dell'art. 46, comma 1 ter, d.lgs. n. 163/2006, per non avere il Comune attivato il soccorso istruttorio, di cui alla citata disposizione, prima di disporre l'esclusione dalla gara.

Da parte sua il Collegio giudicante, innanzitutto, rileva che è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante individuare dei requisiti speciali di partecipazione, purchè non in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione

di cui all'art. 46, comma 1

bis

cit. (applicabile anche agli appalti di servizi ricompresi nell'Allegato II B in quanto specificazione dei principi generali fondamentali di cui all'art. 27 D.Lgs. n. 163/2006), ben potendo, quindi, la stessa prevedere nel bando la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica

fornita mediante uno o più dei documenti

indicati all'art. 41, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006, a comprova dei rispettivi requisiti speciali.

Si precisa così in sentenza che le referenze bancarie "costituiscono delle lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano, genericamente, di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l'impresa. Si tratta, dunque, di dichiarazioni di scienza che offrono alla Stazione appaltante un indizio della solidità economica del concorrente" (A.V.C.P., parere di precontenzioso 20 novembre 2013, n. 196).

Tali referenze, quindi:

- non hanno natura fidefaciente,

- costituiscono dichiarazioni di scienza,

- forniscono meri "elementi indiziari" sulla generica, e generale. capacità economico-finanziaria del concorrente.

Per essere idonee devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze stesse sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto di credito, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso (e non anche sulla effettiva consistenza economica - finanziaria dei concorrenti trattandosi di elementi che potrebbero non essere a loro noti), dovendo la banca che fornisce la referenza mantenere rapporti diretti con il soggetto imprenditoriale che utilizza la referenza medesima.

Secondo l'adito Collegio giudicante, quindi, le referenze bancarie:

- non sono requisiti di capacità economico - finanziaria

- sono documenti idonei a provare tali requisiti (v. art. 41, I, D.Lgs. n. 163/2006 secondo cui: "negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) dichiarazione di almeno due istituti bancari ...").

Secondo la giurisprudenza - richiamata in sentenza - (anche) "in assenza di un espresso richiamo da parte del bando di gara o del capitolato d'appalto, si applica l'art. 41, c. 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui legittima il concorrente che, per qualsiasi giustificato motivo, non sia stato in grado di presentare le richieste referenze, a comprovare, mediante qualsiasi altro idoneo documento, il possesso della capacità economica e finanziaria>> (Consiglio di Stato, n. 5542/2013).

Ciò posto, il Tar Lecce passa a valutare se il “nuovo” soccorso istruttorio (ex art. 39, c. 2, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 agosto 2014, n. 114), di cui all’art. 46, comma 1 ter, D.Lgs. n. 163/2006, sia applicabile all’ipotesi (oggetto del suo giudizio) di omessa produzione di una delle due referenze bancarie previste, a pena di esclusione, dalla lex specialis.

Sul punto si precisa in sentenza che a seguito dell’introduzione del “nuovo” soccorso istruttorio si è esteso il meccanismo introdotto dal comma 2

bis

dell’art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 a tutte le ipotesi di mancanza, di incompletezza o di irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, ovviamente ulteriori rispetto alle dichiarazioni ex art. 38, c. 1 (queste ultime inerenti ai requisiti generali di partecipazione).

E cioè a dire, nell’ipotesi in cui vi sia omissione, o incompletezza o irregolarità di una dichiarazione, o di un elemento con il carattere dell’essenzialità, alla stazione appaltante non è rimesso il potere di comminare direttamente l’esclusione del concorrente; essa deve avviare il procedimento contemplato nell’art. 38, comma 2

bis, D.Lgs. n. 163/2006, non potendo ritenersi che il soccorso istruttorio di cui all’art. 46, comma 1 ter, sia istituito che viene in rilievo in caso di mancanza o incompletezza degli elementi e delle (sole) “dichiarazioni sostitutive di cui al precedente c. 2 del medesimo art. 38.

La nuova disciplina - volta al duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie - rinviene il solo “limite intrinseco dell’inalterabilità del contenuto dell’offerta, della certezza in ordine alla provenienza della stessa, del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima e di inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara” (Autorità Nazionale Anticorruzione, Determinazione n. 1 dell’8 gennaio 2015), per cui l’assenza (sostanziale) dei requisiti di partecipazione, alla scadenza del termine per la presentazione dell’offerta implica l’esclusione del concorrente (senza possibilità di acquisizioni successive).

In tal modo il Legislatore ha, al tempo stesso, esteso e procedimentalizzato il potere di soccorso istruttorio relegando l'esclusione dalla gara a conseguenza dell'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine assegnato ad hoc dalla stazione appaltante, e non più quale effetto di carenze originarie.

Ritiene, infine, il Collegio giudicante che il citato art. 46, comma 1

ter

(così come anche l'art. 46, comma 1

bis

del D.Lgs. n. 163/2006), lungi dal costituire norma di "dettaglio", si applichi anche agli appalti di servizi di cui all'Allegato II B.

Tar Puglia, Lecce, sez. III, 19/05/2016, n. 829

Accoglie il ricorso

Decisioni conformi

Il deposito dei provvedimenti impugnati in giudizio non è di per sé idoneo a far ritenere avvenuta la conoscenza degli stessi ai fini della decorrenza dei termini di impugnazione giurisdizionale. (Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7574)

Le referenze bancarie

non hanno natura fidefaciente, costituendo semplici dichiarazioni di scienza, la cui funzione tipica va ricondotta esclusivamente a quella di fornire "elementi indiziari" in ordine alla generica e generale capacità economico-finanziaria del concorrente

(T.a.r. Campania, Napoli, sez. IV, 27 novembre 2014, n. 6108)

Il Legislatore, perseguendo l'obiettivo di una disciplina sostanzialistica e semplificatrice in tema di documentazione e accertamento dei requisiti soggettivi, ha esteso e procedimentalizzato il potere di soccorso istruttorio ed ha relegato l'esclusione dalla gara come conseguenza dell'omessa produzione, integrazione o regolarizzazione delle dichiarazioni carenti entro il termine (appositamente) assegnato dalla stazione appaltante, e non più quale effetto di carenze originarie. (T.a.r. Toscana, sez. I, 22 aprile 2015, n. 642).

Normativa di riferimento

D.Lgs. n. 16/2006

<https://www.diritto.it/contenuto-e-limiti-operativi-del-nuovo-soccorso-istruttorio/>