

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 02/05/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38171-soccorso-istruttorio-orientamento-giurisprudenziale-sostanzialista-massima-attuazione-al-principio-del-favor-participationis>

Autore: Lazzini Sonia

**Soccorso istruttorio orientamento giurisprudenziale
sostanzialista massima attuazione al principio del favor
participationis**

le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica

SONIA LAZZINI

e che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, tutelando l'affidamento dei concorrenti in buona fede, garantisca la massima partecipazione alla gara medesima (cfr., C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 1371/2013).

Ne consegue, ulteriormente, che la verifica del rispetto delle regole di presentazione dell'offerta non deve trasformarsi in una "caccia all'errore", nell'aggravamento della posizione delle imprese con oneri burocratici e formali non coerenti con l'obiettivo perseguito dall'Amministrazione, vale a dire il contrarre alle migliori condizioni economiche possibili con un contraente in grado di adempiere al contratto (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I[^], sentenza n. 255/2014).

Ne consegue, infine, che deve essere consentita, tramite il soccorso istruttorio, la sanatoria di quelle irregolarità che non pregiudicano la par condicio tra i competitori, perché attengono ad aspetti meramente esteriori e formali della domanda, fermo restando l'originaria sussistenza dei requisiti per partecipare alla gara e l'immutabilità dell'offerta (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 4370). In particolare deve essere consentito il soccorso istruttorio laddove il documento di identità del sottoscrittore sia stato inserito in un'altra busta, comunque compresa all'interno del plico contenente la domanda di partecipazione e l'offerta del concorrente (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I[^], sentenza n. 4212/2013)

Ancora una volta, in un'ottica sostanzialistica, è da escludersi che il mancato richiamo nella dichiarazione sostitutiva della formulazione di rito e delle sanzioni penali previste in caso di dichiarazioni non veritiere possa determinarne l'invalidità o anche solo l'inefficacia (cfr., C.d.S., Sez. III^a, n. 3146/2013): quel che rileva, infatti, è esclusivamente il possesso o meno del requisito di partecipazione autodichiarato (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II^a, sentenza n. 10624/2012), perché, una dichiarazione formalmente perfetta, ma non veritiera, non impedisce comunque l'esclusione dalla gara e – in presenza degli altri elementi costitutivi del reato - l'assoggettamento alle sanzioni penali (cfr., C.d.S., Sez. V^a, sentenza n. 1665/2008).

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste sentenza numero 36 del 10 febbraio 2016

N. 00036/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00141/2014 REG.RIC.

logo

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1.1. Viene all'esame di questo Tribunale amministrativo il concorso di progettazione bandito dalla Azienda Ospedaliero-Universitaria di Trieste per la riqualificazione dell'Ospedale di Cattinara e la realizzazione della nuova sede del Burlo Garofalo, con la precisazione che, stante l'esecuzione nelle more della prestazione, la domanda caducatoria si è trasformata in domanda di accertamento dell'illegittimità ai fini risarcitori.

1.2. La documentazione in atti consente di ritenere superata l'eccezione di mancata rituale evocazione in giudizio della mandataria del raggruppamento vincitore. Invero, risulta che la notificazione del ricorso sia stata effettuata tanto nel domicilio eletto in Italia, quanto presso la sede reale in Australia.

1.3. Infine, per ragioni di economia processuale il Collegio ritiene di esaminare prioritariamente il ricorso principale.

2.1. Con il primo, articolato, motivo di impugnazione viene dedotta la "Violazione e/o falsa e/o errata applicazione degli artt. 6 e 15 del Regolamento di concorso (lex specialis) e del D.P.R. n. 207/2010 (All. "O"). Eccesso di potere per travisamento della fattispecie e carenza dei presupposti, nonché per difetto di istruttoria".

In sintesi, si duole parte ricorrente dell'esercizio da parte della stazione appaltante del potere di soccorso istruttorio, avendo consentito al RTP controinteressato di sanare il mancata inserimento all'interno della busta B della domanda di partecipazione delle copie dei documenti di identità dei sottoscrittori delle dieci schede di referenze per la preselezione.

Ulteriormente, si duole l'interessata che il RTP concorrente non sia stato escluso dal concorso, nonostante le suddette schede di referenze non rechino in calce il riquadro per l'autocertificazione ai sensi e per gli effetti di cui al D.P.R. n. 445/2000, come da modello offerto dalla Azienda sanitaria, e nemmeno la sottoscrizione da parte dei legali

rappresentanti di tutti i componenti del raggruppamento medesimo.

2.2. La doglianza è infondata, avendo la stazione appaltante, da un lato, fatto corretto uso del potere di soccorso istruttorio, e dall'altro lato, condivisibilmente, ritenute non necessarie alcune formalità o comunque non idonee ad alterare la par condicio fra i concorrenti e nemmeno a pregiudicare l'interesse dell'Amministrazione a contrarre con un soggetto in grado di fornire l'esatta prestazione dedotta in contratto.

2.3.1. Quanto al primo profilo, va, innanzitutto, rilevata la contraddittorietà del Regolamento di concorso, il quale nella parte generale (segnatamente, articolo 6, VI^a comma, lettera c) prescrive l'allegazione del documento di identità nella busta B della domanda di partecipazione, ma nella parte relativa alle modalità di presentazione delle domande di partecipazione (segnatamente, articolo 15, ultimo comma, e Allegato 3 recante il modello di scheda di referenza) non fa cenno all'adempimento.

Va, ulteriormente, considerato che la *lex specialis* di gara ricollega l'esclusione dalla competizione al mancato inserimento nella busta B della raccolta delle schede delle referenze professionali fascicolate in ordine progressivo (sempre, all'articolo 15, ultimo comma), e non anche alla mancata allegazione dei documenti di identità.

Va, infine, precisato che, risulta per *tabulas* che nella busta A della domanda di partecipazione erano state inserite le copie dei documenti di identità dei soggetti che per il RTP vincitore avevano sottoscritto le schede di referenze contenute nella busta B.

2.3.2. In questo quadro, il Collegio ritiene di aderire a quell'orientamento giurisprudenziale sostanzialista (antesignano delle recenti modifiche normative apportate al cd. Codice dei contratti pubblici in tema di irregolarità sanabili), tendente ad assicurare massima attuazione al principio del *favor participationis*, pur con il necessario temperamento dell'imprescindibilità dei requisiti di qualificazione dei concorrenti nelle procedure di evidenza pubblica.

Ne consegue, innanzitutto, che le cause di esclusione dalla gara, in quanto limitative della libertà di concorrenza, devono essere ritenute di stretta interpretazione, senza possibilità di estensione analogica (cfr., C.d.S., Sez. V^a, sentenza n. 2064/2013); e che, in caso di equivocità delle disposizioni che regolano lo svolgimento della gara, deve essere preferita quell'interpretazione che, tutelando l'affidamento dei concorrenti in buona fede, garantisca la massima partecipazione alla gara medesima (cfr., C.d.S., Sez. V^a, sentenza n. 1371/2013).

Ne consegue, ulteriormente, che la verifica del rispetto delle regole di presentazione dell'offerta non deve trasformarsi in una "caccia all'errore", nell'aggravamento della posizione delle imprese con oneri burocratici e formali non coerenti con l'obiettivo perseguito dall'Amministrazione, vale a dire il contrarre alle migliori condizioni economiche possibili con un contraente in grado di adempiere al contratto (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. I^a, sentenza n. 255/2014).

Ne consegue, infine, che deve essere consentita, tramite il soccorso istruttorio, la sanatoria di quelle irregolarità che non pregiudicano la par condicio tra i competitori, perché attengono ad aspetti meramente esteriori e formali della domanda, fermo restando l'originaria sussistenza dei requisiti per partecipare alla gara e l'immutabilità dell'offerta (cfr., C.d.S., Sez. III^a, sentenza n. 4370). In particolare deve essere consentito il soccorso istruttorio laddove il documento di identità del sottoscrittore sia stato inserito in un'altra busta, comunque compresa all'interno del plico contenente la domanda di partecipazione e l'offerta del concorrente (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I^a, sentenza n. 4212/2013).

2.3.3. In conclusione, legittimamente il RTP con capogruppo la società controinteressata Architecture PYT Ltd. non è stato escluso per il mancato inserimento dei documenti di identità dei sottoscrittori delle schede di referenze professionali anche nella busta B, oltre che nella busta A.

2.4. Né, d'altro canto, vi era necessità che le schede delle referenze fossero sottoscritte, per mezzo dei rispettivi legali rappresentanti, da tutti i componenti il raggruppamento: dovendo attestare la veridicità delle dichiarazioni vi contenute, ai sensi e per gli effetti di cui al D.P.R. n. 445/2000, la dichiarazione non poteva che provenire che da coloro che avevano eseguito la progettazione della scheda di referenza, così come in concreto avvenuto.

2.5. Nemmeno assume rilevanza, ai fini dell'applicazione dell'invocata misura espulsiva, la mancata riproduzione nelle schede delle referenze del riquadro riportante il rinvio alla disciplina contenuta nel precitato D.P.R. n. 445/2000.

Ancora una volta, in un'ottica sostanzialistica, è da escludersi che il mancato richiamo nella dichiarazione sostitutiva della formulazione di rito e delle sanzioni penali previste in caso di dichiarazioni non veritiere possa determinarne l'invalidità o anche solo l'inefficacia (cfr., C.d.S., Sez. III^a, n. 3146/2013): quel che rileva, infatti, è esclusivamente il possesso o meno del requisito di partecipazione autodichiarato (cfr., T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II^a, sentenza n. 10624/2012), perché, una dichiarazione formalmente perfetta, ma non

veritiera, non impedisce comunque l'esclusione dalla gara e – in presenza degli altri elementi costitutivi del reato - l'assoggettamento alle sanzioni penali (cfr., C.d.S., Sez. V^a, sentenza n. 1665/2008).

3.1. Con il secondo motivo di impugnazione viene dedotta la "Violazione e/o falsa e/o errata applicazione dell'art. 9 del Regolamento di concorso in relazione all'art. 263 D.P.R. n. 207/2010. Eccesso di potere per travisamento della fattispecie, carenza dei presupposti, contraddittorietà e difetto di adeguata istruttoria".

Lamenta parte ricorrente la mancata esclusione dalla gara del RTP controinteressato, nonostante uno dei mandanti (segnatamente, lo Studio Tecnico controinteressata 2) non fosse sufficientemente qualificato, non potendosi a tal fine utilizzare la referencia di cui alla scheda n. 35, relativo al nuovo Ospedale di Macerata, trattandosi del semplice aggiornamento di una progettazione più risalente nel tempo (e quindi al di fuori del decennio preso a riferimento nella lex specialis di gara), priva oltretutto il timbro della committente, la ASUR n. 3 di Macerata.

Peraltro, sempre a detta della deducente, anche le altre referenze fornite dallo Studio Tecnico controinteressata 2 non sarebbero utilizzabili, perché mancanti della prova, tramite certificato di collaudo, della regolare esecuzione del servizio di progettazione, e perché prive della classificazione dell'attività svolta.

3.2. La doglianza è infondata.

Al riguardo va puntualizzato che il RTP vincitore in sede di gara aveva dichiarato che il requisito di qualificazione relativo alla progettazione nei settori IIIB e IIIC sarebbe stato soddisfatto dal mandante Studio Tecnico controinteressata 2 nella misura del 40%.

Va altresì precisato che, difformemente da quanto statuito dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti, il requisito de quo non poteva essere soddisfatto facendo riferimento, nella misura del 15-20%, ai servizi di progettazione afferenti la categoria IIIA.

Invero, l'istituto dei chiarimenti pre-concorsuali assolve ad una funzione collaborativa, al fine di rendere meglio intellegibili le previsioni della lex specialis di gara (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. V^a, sentenza n. 6296/2014); in alcun modo, attraverso tale strumento, la stazione appaltante può modificare o integrare la disciplina cui si è autovincolata in sede di bando (cfr., C.d.S., Sez. V^a, sentenza n. 4441/2015).

Ne consegue che non si può accedere alla tesi della controinteressata per cui la doglianza non supererebbe la prova di resistenza, risultando il requisito di qualificazione comunque soddisfatto per effetto dei servizi resi nella categoria IIIA: lo Studio Tecnico controinteressata 2 e con esso il RTP di cui esso era parte possono ritenersi adeguatamente qualificati se e in quanto possa essere riconosciuta utile, ai fini del concorso, la progettazione di cui alla scheda n. 35.

3.3. Orbene, la documentazione versata a più riprese in atti, anche su sollecitazione di questo Tribunale, dimostra come la stazione appaltante abbia diligentemente proceduto alle necessarie verifiche, chiedendo, per quanto qui di interesse, conferma delle referenze alla ASUR n 3 di Macerata; come l'Azienda sanitaria marchigiana, pur con le difficoltà legate al lasso di tempo intercorso e all'avvicendamento dei responsabili dell'ufficio competente, abbia confermato l'avvenuta esecuzione dei servizi di progettazione fatti valere in concorso; come pure il servizio di cui alla scheda n. 35 sia stato regolarmente approvato dalla Amministrazione committente e rientri nel periodo temporale indicato dal Regolamento di concorso, trattandosi di un aggiornamento attuale di un progetto risalente e non più adeguato alle mutate esigenze.

Il che comporta la legittimità della decisione assunta nel caso di specie dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Trieste, tenuto conto che l'aggiornamento di un progetto è pur sempre attività di progettazione, e che, per tale ragione, non si può distinguere, come pretenderebbe la difesa della società ricorrente S.r.l. tra opere già eseguite e opere in corso di esecuzione.

Al contempo, la mancanza del timbro dell'Ente committente è compensata dal timbro e dalla firma del dirigente dell'Ente che in tale veste attestava l'avvenuto svolgimento dell'incarico di progettazione in questione.

3.4.1. Per quanto riguarda l'assenza dei certificati di collaudo dei lavori per i quali è stata resa la prestazione da parte dello Studio Tecnico controinteressata 2, come evidenziato anche dalla difesa di parte resistente, si tratta di un incombente non necessario, laddove, ai fini della dimostrazione della capacità tecnica, si utilizzino servizi resi a favore di committenti pubblici.

In tale ipotesi, infatti, l'articolo 42, comma 1, lettera a), D.Lgs. n. 163/2006 prevede che costituisca prova utile ai suddetti fini anche il certificato rilasciato e vistato dall'Amministrazione appaltante: come, per l'appunto, risulta documentalmente accaduto nel caso di specie.

Di contro, il certificato di collaudo, così come quello di buona e regolare esecuzione del contratto, è richiesto, ai sensi dell'articolo 263, comma 2, D.P.R. n. 207/2010, per provare il possesso dei requisiti di qualificazione solamente nel caso in cui questi derivino dall'esecuzione di servizi per conto di committenti privati. Il che, del resto, ben si spiega se si considera che, mentre per i committenti privati la prestazione professionale costituisce titolo di qualificazione nelle gare pubbliche solamente se l'opera progettata è anche eseguita, per i committenti pubblici è sufficiente lo svolgimento dell'incarico di progettazione, perché il committente pubblico assicura un livello di controllo sulla prestazione d'opera intellettuale che nel caso di contratti privati si raggiunge solamente con la realizzazione dell'opera (C.d.S., Sez. V^a, sentenza n. 2567/2015).

3.4.2. Infine, ancorché la documentazione presenta data dallo Studio Tecnico controinteressata 2 non rechi la classificazione del servizio reso, comunque la descrizione degli stessi è sufficiente a valutarne la analogia con i servizi oggetto del concorso.

4.1. Con il terzo, complesso, motivo di impugnazione viene dedotta la "Violazione del Regolamento di Concorso. Eccesso di potere per carenza dei presupposti, errata valutazione della fattispecie, difetto di istruttoria".

Ritiene parte ricorrente che il RTP vincitore dovesse essere escluso dalla competizione perché, in violazione del Regolamento di concorso:

- l'arch. Abbie Galvin, responsabile per l'integrazione della progettazione, non aveva sottoscritto tutte le relazioni che compongono il progetto;
- le schede delle referenze professionali non erano state sottoscritte dai legali rappresentanti di tutti i componenti del raggruppamento medesimo;
- l'arch. Francesca Patrizi, componente dello Studio Associato controinteressata 3, non aveva sottoscritto l'offerta;
- lo Studio Associato controinteressata 3 aveva utilizzato referenze proprie dell'arch. Alessandro controinteressata 3 e non dello Studio nel suo complesso;

- la società controinteressata Architecture PYT Ltd. aveva comprovato il requisito inerente il personale impiegato con documentazione non idonea, vale a dire una dichiarazione asseverata da un commercialista (rectius: un ragioniere);

- le buste contenenti la domanda di partecipazione e l'offerta non erano chiuse, sigillate e controfirmate sui lembi di chiusura.

4.2.1. Anche quest'ultima doglianza è, in tutte le sue articolazioni, infondata, alla luce delle risultanze documentali e dei già ricordati principi che guidano l'azione dell'Amministrazione nelle procedure di evidenza pubblica.

4.2.2. Invero, quanto al primo aspetto, va considerato che il Regolamento di concorso all'articolo 18, disciplinante le modalità di presentazione dell'offerta (da parte dei concorrenti che avevano superato la fase di prequalifica), stabiliva che nella busta B dovessero essere inseriti gli elaborati del progetto preliminare e nella busta C le proposte tecnico-progettuali e migliorative, imponendo solo per queste ultime la sottoscrizione da parte del legale rappresentante di ciascun componente il raggruppamento offerente: nulla il Regolamento di concorso prevedeva con riguardo alla sottoscrizione degli elaborati di cui alla busta B.

Senonché, l'Azienda Ospedaliero-Universitaria in sede di chiarimenti precisava che, pur se il Regolamento di concorso nulla prescriveva al riguardo, gli elaborati del progetto preliminare dovessero essere sottoscritti dai responsabili dei singoli elaborati e dal responsabile per l'integrazione della progettazione.

Il RTP vincitore, tuttavia, non seguiva l'indicazione della stazione appaltante, facendo sottoscrivere gli elaborati progettuali inseriti nella busta B dai legali rappresentanti dei componenti il Raggruppamento: estendendo, cioè, la prescrizione del Regolamento relativa ai documenti della busta C, a quelli contenuti nella busta B.

Come già osservato al punto 3.2. della parte in diritto, i chiarimenti non possono né modificare, né integrare la *lex specialis* di gara: a maggior ragione non possono tipizzare una causa di esclusione dalla procedura comparativa non prevista nel relativo disciplinare (cfr., T.A.R. Abruzzo – Pescara, sentenza n. 20/2015). Dunque, semmai sarebbe stata illegittima l'applicazione della sanzione espulsiva per mancata ottemperanza a un incombente previsto dal chiarimento e non anche dal Regolamento di concorso (cfr., T.A.R. Lazio – Latina, sentenza n. 344/2014).

4.2.3. Quanto alla mancata sottoscrizione delle schede delle referenze professionali da parte dei legali rappresentanti di tutti i componenti del RTP vincitore, la questione è già stata affrontata e risolta al punto 2.4. della parte in diritto, e ad esso integralmente si rinvia, in ossequio al dovere di sinteticità degli atti del Giudice, codificato dall'articolo 3, comma 2, Cod. proc. amm..

4.2.4. Quanto alla mancata sottoscrizione dell'offerta da parte dell'arch. Francesca Patrizi dello Studio Associato controinteressata 3 , mandante nel RTP controinteressato, la circostanza non assume rilievo, essendo stata correttamente sottoscritta l'offerta da colui che, secondo lo statuto dimesso in giudizio in copia, è il legale rappresentante dell'associazione professionale medesima, vale a dire l'arch. Alessandro controinteressata 3 .

4.2.5. Sempre con riferimento allo Studio Associato controinteressata 3 , la censura relativa alla qualificazione non supera la prova di resistenza, essendo il mandante Studio controinteressata 2 in possesso di un requisito sovrabbondante.

4.2.6. Quanto alla comprova della disponibilità del personale tecnico, requisito di qualificazione fissato dal Regolamento del concorso, la verifica dell'idoneità della dichiarazione asseverata da un ragioniere deve necessariamente muovere dalla circostanza per cui la società controinteressata Architecture PYT Ltd., mandataria del RTP aggiudicatario dell'incarico di progettazione per cui è causa, è società australiana.

Orbene, gli ordinamenti di common law non conoscono la figura del notaio latino, cioè una figura professionale abilitata ad attribuire efficacia fidefacente ai documenti accompagnati da una serie di accorgimenti in sede di formazione. Nei Paesi a tradizione anglosassone, quali l'Australia, funzioni latamente paragonabili a quelle del notaio latino sono svolte da una pluralità di figure professionali, tra le quali anche il ragioniere. Ed è a questo professionista che la società australiana mandataria del raggruppamento controinteressato si è rivolta.

Sicché, legittimamente la stazione appaltante ha ritenuto soddisfatto il requisito.

4.2.7. Quanto, infine, alla contestata integrità dei plichi contenenti le buste con la documentazione di gara inviata dal RTP vincitore, va in prima battuta osservato come la circostanza sia smentita dalla produzione fotografica versata in atti. Tanto più che alle

sedute pubbliche della Commissione di gara, nel corso delle quali è stato verificato lo stato dei plichi presentati dai concorrenti, ha partecipato un rappresentante del RTP odierno ricorrente, senza muovere alcuna osservazione al riguardo.

In ogni caso, è dirimente il fatto che i verbali delle operazioni di gara danno atto dell'integrità del plico in questione e che tali atti sono assistiti da fede privilegiata, in quanto forniscono piena prova fino a querela di falso (nel caso di specie non esperita) di quanto in esso attestato (cfr., T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. II^a, sentenza n. 2325/2013).

5.1. In definitiva, il ricorso principale è infondato e viene respinto.

5.2. Il che determina l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale, in quanto proposto al solo fine di neutralizzare gli eventuali effetti sfavorevoli discendenti dall'accoglimento del ricorso principale (cfr. T.A.R. Basilicata, sentenza n. 252/2015).

5.3. La complessità delle questioni giuridiche sottese al presente contenzioso, nonché gli approfondimenti istruttori che si sono resi necessari, giustificano nondimeno l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti, rigetta il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa integralmente le spese di giudizio tra le parti costituite.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2016

IL SEGRETARIO

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