

N. 00349/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00048/2023 REG.RIC.



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 48 del 2023, proposto da La Fraternità Società Cooperativa Sociale A R.L. e GrossFruit S.a.s. di Sbrega Luca & C., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Giorgio Fraccastoro e Alice Volino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Laura Simoncini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura Regionale, in Ancona, piazza Cavour, 23;

nei confronti

Marr S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Boldrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa concessione di misure cautelari,

del decreto del Dirigente del Settore SUAM n. 2 del 2.1.2023 con il quale la Stazione Unica Appaltante della Regione Marche ha disposto l'esclusione del RTI La Fraternità Soc. coop. soc. a r.l. – GrossFruit S.a.s. di Sbrega Luca & C. dal lotto n. 6 (CIG 9022623809) della “Gara europea a procedura aperta per l'affidamento della fornitura di derrate alimentari “sostenibili” per gli Enti del territorio della Regione Marche - Gara Simog n. 8383620”, contestualmente aggiudicando la stessa in favore di Marr S.p.A.;

e per la condanna

della Regione Marche alla reintegrazione in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore*, o, in subordine, al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche e di Marr S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2023 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le ditte ricorrenti, nella spiegata rispettiva veste di capogruppo mandataria (La Fraternità) e di mandante (GrossFruit S.as.) di un'a.t.i. costituenda, impugnano gli atti e provvedimenti indicati in epigrafe, nella parte in cui la stessa a.t.i. è stata esclusa, per il lotto n. 6, dalla gara bandita dalla Stazione Unica Appaltante della Regione Marche e avente ad oggetto la fornitura di derrate alimentari "sostenibili" per gli enti del territorio regionale e nella parte in cui il lotto *de quo* è stato aggiudicato in favore di Marr S.p.A. L'appalto in parola, suddiviso in 16 lotti funzionali e geografici, ha una durata di 36 mesi, prorogabili per altri sei mesi.

Le ricorrenti, come di consueto nelle controversie in materia di appalti pubblici, chiedono altresì:

- la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* con Marr;
- la condanna della Regione Marche, ai sensi dell'art. 124 c.p.a., alla reintegrazione in forma specifica mediante riammissione alla gara e conseguente aggiudicazione e subentro nel contratto ovvero, in via subordinata, la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

2. In punto di fatto nel ricorso si espone quanto segue.

2.1. Ai fini della presente controversia rileva il lotto n. 6 (CIG 9022623809), avente ad oggetto la fornitura di prodotti ortofrutticoli nelle province di Pesaro-Urbino e Ancona, di importo a base di gara pari ad € 1.599.087,00. Alla procedura competitiva, governata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con 80 punti riservati all'offerta tecnica e 20 punti all'offerta economica), hanno partecipato l'a.t.i. ricorrente e l'odierna controinteressata Marr S.p.A.

Per lo svolgimento della predetta gara, la stazione appaltante ha previsto l'applicazione dell'istituto dell'inversione procedimentale di cui all'art. 133, comma

8, del D.Lgs. n. 50/2016, procedendo quindi alla verifica della documentazione amministrativa unicamente nei confronti dei concorrenti risultati primo e secondo in graduatoria all'esito della valutazione delle offerte presentate (art. 19 del disciplinare di gara).

2.2. Pertanto, in seguito all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e quelle economiche, la S.U.A.M. ha stilato la graduatoria provvisoria, che ha visto l'a.t.i. capeggiata da La Fraternità collocarsi al primo posto. L'offerta dell'a.t.i., come emerge dal verbale di gara del 16 novembre 2022, è stata altresì sottoposta, con esito favorevole, a verifica di congruità, di talché la commissione di gara ha proceduto, quale ultimo adempimento, alla verifica della documentazione amministrativa.

In tale sede, la commissione prima e la S.U.A.M. poi hanno rilevato che le odierne ricorrenti risultavano sfornite, per il lotto d'interesse, del "*...requisito di cui al punto 7.3 - lett. c - c1) del Disciplinare di Gara, in quanto l'importo complessivo dei contratti di fornitura analoghi dichiarati non raggiunge l'importo minimo previsto per lo stesso Lotto, pari ad Euro 479.726,10*".

Di conseguenza, la Stazione appaltante, con nota prot. n. 1499716 del 5 dicembre 2022, ha avvisato l'a.t.i. della predetta circostanza, ai sensi dell'art. 76, comma 2-bis, del D.Lgs. n. 50/2016, al contempo invitandola a mettersi in contatto con la S.U.A.M. per ulteriori precisazioni al riguardo.

2.3. A questo punto l'a.t.i., avvedutasi solamente in tale circostanza dell'erronea compilazione dei due D.G.U.E. (e benché tale errore materiale fosse agevolmente percepibile dalla stazione appaltante alla luce degli esigui importi dei contratti analoghi in rapporto al fatturato specifico dichiarato), prima ancora di prendere contatti con la S.U.A.M., ha immediatamente trasmesso, con distinte note inviate in pari data, le integrazioni ai D.G.U.E. con i dati rettificati relativi ai contratti analoghi,

attestanti il preesistente possesso in capo al raggruppamento dei requisiti per la partecipazione per il lotto n. 6.

Sono seguite successive informali interlocuzioni tra le parti nell'ambito delle quali sembrava condivisa la possibilità di sanare la mera irregolarità riscontrata al fine di regolarizzare la posizione, evidentemente ancora aperta, dell'a.t.i.

2.4. E invece, sebbene la documentazione prodotta dall'a.t.i. avesse reso palese la necessità di ricorrere al meccanismo del soccorso istruttorio di cui all'art. 13 del disciplinare, la stazione appaltante, in maniera del tutto arbitraria, con decreto del dirigente della S.U.A.M. n. 2 del 2 gennaio 2023, ha adottato l'esclusione dell'a.t.i. La Fraternità-GrossFruit dal lotto n. 6 della presente gara, contestualmente disponendo l'aggiudicazione del lotto stesso in favore della seconda graduata Marr.

3. Il ricorso è affidato ad un unico motivo, rubricato "violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 per mancata attivazione del soccorso istruttorio, nonché dell'art. 13 del disciplinare di gara. Violazione del principio del favor participationis. Eccesso di potere e travisamento. Irragionevolezza" e così declinato.

3.1. I provvedimenti impugnati si rilevano radicalmente illegittimi nella misura in cui la stazione appaltante, in violazione degli artt. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 e 13 del disciplinare di gara, ha ritenuto di disporre l'esclusione dell'a.t.i. ricorrente pur in presenza di un evidente errore materiale, agevolmente riscontrabile e rettificabile, commesso nella compilazione dei D.G.U.E. ed attinente ad un requisito sostanzialmente posseduto dalle ricorrenti antecedentemente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Più in particolare, la S.U.A.M. ha erroneamente ritenuto l'a.t.i. carente di un requisito puramente contabile/economico, omettendo tuttavia di considerare che il

preesistente possesso dello stesso da parte delle ricorrenti, in quanto chiaramente evincibile dai D.G.U.E. prodotti in fase di gara, ben avrebbe potuto essere attestato attraverso la doverosa attivazione del soccorso istruttorio di cui all'art. 13 del disciplinare.

Tuttavia, ciò non è avvenuto, con conseguente lesione dei basilari principi posti a presidio dell'*agere* pubblico ed in particolare del principio di *favor participationis*, essendo stato immotivatamente escluso un concorrente in possesso dei requisiti richiesti e, per di più, classificatosi primo in graduatoria.

3.2. Come noto, l'istituto del soccorso istruttorio è disciplinato dall'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che: *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85 con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara”*.

L'attivazione del soccorso istruttorio, dunque, a fronte di meri vizi di forma o di ogni altra irregolarità della domanda – a prescindere, quindi, dalla tipologia del vizio inficiante la dichiarazione – costituisce, di fatto, un espresso obbligo di legge, come affermato anche da una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, TAR Lombardia, Milano, n. 580/2022).

La medesima giurisprudenza, ritenendo prevalente il principio del *favor participationis*, ha sposato la c.d. teoria sostanzialistica del soccorso istruttorio, a mente della quale quest'ultimo, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, è funzionale ad

assicurare la selezione della miglior offerta rinvenibile sul mercato, imponendo alla stazione appaltante di operare nel perseguimento della predetta finalità, a prescindere, quindi, dall'esistenza di ininfluenti irregolarità formali. Pertanto, nelle procedure di gara i meri vizi di forma potenzialmente escludenti assumono carattere necessariamente recessivo in caso di pacifico possesso dei requisiti di partecipazione in capo al concorrente, il quale, dunque, dovrà essere ammesso alla gara previa regolarizzazione del vizio stesso a seguito di attivazione del soccorso istruttorio (al riguardo vengono richiamate le sentenze del Consiglio di Stato n. 975/2017 e n. 2180/2018 e la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, n. 5330/2021). Questo orientamento è stato da ultimo ribadito dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 1308/2022, in cui si è statuito che “...*lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il 'merito' degli operatori privati...*”, con la conseguenza che gli “...*errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva*”.

Di talché, ogni irregolarità afferente alla domanda può essere sanata in sede di soccorso istruttorio, fuorché la carenza *ab origine* dei requisiti di partecipazione o di elementi essenziali dell'offerta; in tali limiti, infatti, risulta rispettato il principio della *par condicio* tra i concorrenti, che funge da contraltare al principio del *favor participationis*.

3.3. Del tutto coerentemente con i principi desumibili dall'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti, quindi, nella specie la stazione appaltante ha previsto, all'art. 13 del disciplinare di gara, che “...*L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni*

ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta ... l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni”.

3.4. Tali disposizioni della legge di gara avrebbero dovuto trovare pacifica applicazione nel caso di specie, visto che:

- l'a.t.i. ricorrente, nei D.G.U.E. presentati dalla mandataria e dalla mandante, ha inavvertitamente indicato un errato importo relativo ai contratti di fornitura analoghi, riportando un numero inferiore rispetto a quanto richiesto dall'art. 7.3, lett. c) del disciplinare di gara, pur essendo pienamente in possesso del requisito oggetto di dichiarazione;
- le odierne ricorrenti, appena appreso dell'errore commesso nella compilazione dei D.G.U.E., hanno immediatamente ed informalmente provveduto ad inviare i files corretti, rettificati nei dati relativi ai contratti analoghi, dai quali emerge il preesistente possesso del requisito di partecipazione per cui è causa (ossia l'aver eseguito, nel triennio 2019-2021, contratti analoghi per un importo complessivo pari ad almeno € 479.726,10);
- l'errore commesso nella redazione dei D.G.U.E. era peraltro rilevabile *icto oculi* dalla commissione di gara e dalla stazione appaltante, anche perché sarebbe completamente irragionevole ritenere che un operatore economico, il quale ha come obiettivo l'aggiudicazione di una gara, possa pensare di dichiarare il possesso di un requisito di partecipazione manifestamente insufficiente rispetto a quello richiesto

dalla documentazione di gara. Inoltre, dal contesto dei D.G.U.E. presentati dalle due ditte emergeva già il fatto che esse soddisfacevano i criteri di selezione previsti dal disciplinare, avendo dichiarato il possesso di un fatturato annuo specifico, nel settore di attività oggetto dell'appalto, pari a € 633.974,00 per La Fraternità Società Cooperativa Sociale e a € 490.000,00 per GrossFruit.

La stazione appaltante, attesa la netta discordanza tra gli importi dichiarati a titolo di fatturato specifico e gli importi apparentemente esigui dei rispettivi contratti di fornitura, avrebbe dovuto riconoscere il mero errore in cui è incorsa l'a.t.i. e attivare il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 13 del disciplinare.

3.5. Il provvedimento di esclusione è dunque del tutto errato e illegittimo per violazione della *lex specialis*, nella parte in cui la S.U.A.M. ha ritenuto che “...*tale integrazione postuma del requisito di partecipazione, non [fosse] ammissibile. Un requisito richiesto dal Disciplinare di Gara a pena d'esclusione dell'intera offerta, in quanto definito dall'amministrazione come requisito tecnico minimo o essenziale, deve ritenersi necessario per l'ammissione dell'offerta alla procedura di gara e non può, quindi, essere integrato successivamente all'aggiudicazione / proposta di aggiudicazione*”. Infatti, se tale argomento fosse fondato, allora la previsione di cui all'art. 13 del disciplinare risulterebbe priva di significato e sostanzialmente inapplicabile.

Al contrario, il necessario ed equilibrato bilanciamento degli interessi contrapposti (ossia i principi di *par condicio* e di *favor participationis*), avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a consentire, nella fattispecie *de qua*, la rettifica delle dichiarazioni originariamente rese dalle ricorrenti, preservando la partecipazione del raggruppamento alla procedura, anche in considerazione della convenienza della sua offerta, risultata prima in graduatoria. Al riguardo viene richiamata la sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, n. 15232/2022, in cui si afferma che “...*la ratio dell'istituto del*

soccorso istruttorio è quella di evitare l'esclusione dalle gare di appalto per ragioni meramente formali. Pertanto, tale istituto non solo può essere azionato successivamente alla aggiudicazione, ma può anche riguardare la dichiarazione circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. In tal caso, tuttavia, è onere della parte nei cui confronti il soccorso istruttorio sia stato attivato, dimostrare di possedere sin dal momento del rilascio della dichiarazione irregolare e senza soluzione di continuità, i requisiti di partecipazione prescritti dalla legge di gara (cfr., in senso analogo, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 975 del 2 marzo 2017) ...”.

4. Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio la Regione Marche e la controinteressata Marr S.p.A., le quali hanno preliminarmente eccepito la tardività del ricorso e hanno in ogni caso insistito per il rigetto nel merito di tutte le domande proposte.

Con ordinanza n. 41/2023 il Tribunale ha fissato per il 7 giugno 2023 l'udienza di trattazione del merito. La causa è passata in decisione sugli scritti delle parti, che non hanno presenziato alla suddetta udienza.

DIRITTO

5. Due sono le questioni giuridiche principali che vengono in rilievo nel presente giudizio, le quali vanno trattate partendo da quella che riveste rilievo pregiudiziale, ossia la tempestività ricorso.

6. Partendo dunque dalla questione pregiudiziale, il Tribunale ritiene che il ricorso sia tempestivo, atteso che:

- anche nelle controversie in materia di appalti pubblici trovano applicazione alcuni dei principi e dei concetti fondamentali del diritto amministrativo, e, con specifico riguardo al caso di specie, quello della distinzione fra atti meramente confermativi e atti confermativi in senso proprio (sulla quale qui non si dirà nulla, dandosi per scontato che la differenza sia nota a livello concettuale);

- nella vicenda per cui è causa, stante al tenore letterale del provvedimento di aggiudicazione e alla luce dell'andamento dei fatti, non vi è alcun dubbio sulla circostanza che, in sede di adozione dell'aggiudicazione, la stazione appaltante abbia riesaminato la posizione dell'a.t.i. capeggiata da La Fraternità, sia in punto di fatto (avendo la mandataria e la mandante trasmesso documentazione integrativa da cui emergeva il possesso del requisito di partecipazione rispetto al quale era stata decretata l'esclusione), sia in punto di diritto, *ergo* si è in presenza di un atto confermativo in senso proprio;
- va poi aggiunto che, seppure questo sia un profilo generalmente trascurato, il dirigente che adotta il provvedimento di aggiudicazione ha il diritto/dovere di rivedere *funditus* gli atti del procedimento di gara (visto che egli assume su di sé, sia pure, a volte, in concorso con il R.U.P. e la commissione di gara, le responsabilità che discendono dal provvedimento terminale) e deve rifiutarsi di sottoscrivere il provvedimento se ravvisa irregolarità o illegittimità non emendabili. L'unico limite al riguardo risiede nel fatto che il dirigente non può rivedere o modificare i giudizi espressi dalla commissione di gara, per cui, se ravvisa la presenza di irregolarità anche su questo profilo, deve annullare gli atti della procedura e disporre, ove possibile, una rivalutazione delle offerte a cura di una diversa commissione o, se ciò non è possibile, la rinnovazione integrale della procedura. Nella specie, poiché l'esclusione dell'a.t.i. era stata decretata dallo stesso dirigente che ha adottato l'aggiudicazione, non vi è alcun problema di eventuale invasione delle competenze della commissione di gara;
- infine, con riguardo alla pur acuta eccezione sollevata dalla difesa di Marr, va detto che, seppure si volesse ritenere che nel presente giudizio si discute non tanto della legittimità dell'esclusione quanto piuttosto della mancata attivazione del soccorso

istruttorio, di fatto il risultato non cambia, in quanto, se il Tribunale affermasse che il soccorso istruttorio andava attivato, ciò supererebbe l'originaria esclusione.

Il ricorso va dunque considerato tempestivo visto che, prima del decorso del termine di 30 giorni dalla comunicazione del decreto n. 68/2022 (e dunque in pendenza del termine di impugnazione dell'atto), la stazione appaltante ha adottato il decreto di aggiudicazione n. 2/2023, il quale, come detto, ha natura di atto confermativo in senso proprio dell'esclusione dell'a.t.i. Il decreto n. 2/2023 *in parte qua* assorbe dunque il decreto n. 68/2022, per cui la domanda impugnatoria risulta proposta tempestivamente.

Tutto ciò priva di rilevanza l'imprecisa ricostruzione della sequenza procedimentale contenuta nel ricorso introduttivo, laddove le ricorrenti espongono che in data 5 dicembre 2022 la stazione appaltante avrebbe comunicato loro una sorta di preavviso di esclusione, quando in realtà in data 5 dicembre 2022 è stato adottato il provvedimento di formale esclusione, ossia il decreto n. 68/2022, comunicato alle ricorrenti con la nota richiamata in ricorso.

Il discorso sarebbe stato ovviamente diverso se l'aggiudicazione fosse stata adottata dopo il 30° giorno dall'adozione del decreto n. 68/2022 e le ricorrenti non avessero tempestivamente gravato quest'ultimo provvedimento, perché in questo caso avrebbe trovato applicazione il consolidato orientamento giurisprudenziale (ribadito da ultimo anche dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza 9 febbraio 2023, in causa C-53/22) secondo cui il concorrente definitivamente escluso dalla gara non è legittimato ad impugnare gli atti ulteriori della procedura.

7. Passando dunque a trattare della questione sostanziale, si deve osservare che in giurisprudenza esistono sul punto due orientamenti diametralmente opposti, di cui sono espressione le sentenze a vario titolo richiamate dalle parti, ciascuna

ovviamente *pro domo sua* (in particolare, nel provvedimento impugnato la S.U.A.M. ha richiamato le sentenze del Consiglio di Stato n. 1540/2021 e n. 4787/2019).

7.1. Premesso che non tutte le decisioni in commento sono attagliabili al caso di specie (visto che alcune di esse riguardano controversie in cui si discuteva della integrabilità dell'offerta tecnica o di quella economica - così, ad esempio, Cons. Stato, n. 4198/2019 e n. 2003/2022 - mentre altre non riguardano controversie in materia di appalti pubblici - così, ad esempio, T.A.R. Milano, n. 582/2022), il Tribunale ritiene che, in generale, i principi desumibili dalle sentenze *de quibus* vadano pur sempre calibrati al singolo caso, dovendosi peraltro rilevare che l'ordinamento di settore pretende di conciliare interessi che in realtà non sono conciliabili, il che produce inevitabili oscillazioni giurisprudenziali.

Tanto per fare qualche esempio, il declamato principio di autoresponsabilità del concorrente, se inteso alla lettera, dovrebbe sempre ostare, almeno in linea teorica e fatti salvi i casi di errore scusabile o di cause di forza maggiore, all'attivazione del soccorso istruttorio, visto che il concorrente è per definizione (auto)responsabile sia della corretta redazione e allegazione della documentazione amministrativa, sia della corretta redazione dell'offerta tecnica e di quella economica. E, ancora, l'assunto per cui il soccorso istruttorio non è attivabile in relazione ai requisiti di ammissione alla procedura confligge anch'esso con il carattere di rimedio generale che il legislatore ha voluto assegnare all'istituto invocato dall'a.t.i. ricorrente. E nemmeno si può invocare, quale argomento ostativo all'attivazione dell'istituto in parola, l'interesse pubblico alla speditezza delle gare d'appalto, perché è evidente che l'attivazione del soccorso istruttorio, anche nei casi in cui esso è universalmente ritenuto ammissibile, dà luogo di per sé ad un allungamento dei tempi della procedura.

7.2. In questo senso, dunque, la soluzione preferibile è anzitutto quella di verificare in che modo la singola stazione appaltante ha regolato l'istituto, fermo restando che i concorrenti ben possono impugnare la relativa norma della legge di gara se la ritengono confliggente con l'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 o con i principi generali dell'ordinamento di settore.

L'art. 13 del disciplinare della presente gara stabilisce quanto segue:

“13 SOCCORSO ISTRUTTORIO

Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice.

L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta. Nello specifico valgono le seguenti regole:

- il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'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 del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni;*
- la mancata produzione della dichiarazione di avalimento o del contratto di avalimento, può essere oggetto di soccorso istruttorio solo se i citati elementi erano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa anteriore al termine di presentazione dell'offerta;*

- la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (es. mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), entrambi aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta;

- le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa costituiscono irregolarità essenziali non sanabili (art. 83, comma 9 ultimo periodo del Codice).

Ai fini della sanatoria la stazione appaltante assegna al concorrente un congruo termine - non superiore a dieci giorni - perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicando il contenuto e i soggetti che le devono rendere.

Ove il concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la stazione appaltante può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, fissando un termine perentorio a pena di esclusione.

In caso di inutile decorso del termine, la stazione appaltante procede all'esclusione del concorrente dalla procedura.

Al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice è facoltà della stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

7.3. Come si può agevolmente osservare, nella specie la stazione appaltante aveva previsto di estendere al massimo l'attivazione dell'istituto in parola, anzitutto distinguendo chiaramente il soccorso istruttorio *ex art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016* dalla facoltà di richiedere ai concorrenti chiarimenti in merito al contenuto della documentazione da essi presentata in sede di gara (facoltà, quest'ultima, riconosciuta pacificamente anche prima dell'introduzione per via legislativa

dell'istituto del soccorso istruttorio) ed escludendo l'attivabilità del soccorso istruttorio solo in presenza delle seguenti fattispecie:

- correzione/integrazione di dichiarazioni false;
- mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione;
- carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Ora, si potrebbe a tutta prima ritenere, come in effetti eccepiscono le parti resistenti, che nella specie la non sanabilità dei D.G.U.E. presentati dalle imprese riunite in a.t.i. costituenda sarebbe predicabile, oltre che in ragione dei principi generali della *par condicio* e dell'autoresponsabilità del concorrente, anche in relazione alla seconda e alla terza delle suddette ipotesi di insanabilità, ossia per il fatto che l'a.t.i. avrebbe essa stessa dichiarato di non possedere il requisito in parola e comunque per il fatto che si sarebbe in presenza di una dichiarazione affetta da irregolarità che non consentivano l'individuazione del contenuto.

7.4. Il Collegio non ritiene di condividere tali argomenti, atteso che:

- una disposizione di legge o di *lex specialis* va sempre letta ed interpretata in maniera sistematica, ossia leggendo le singole parti della norma e rapportandole al contenuto delle altre disposizioni. Nella specie ciò vuol dire che le fattispecie di insanabilità delle dichiarazioni e dei documenti previste dall'art. 13 vanno ricostruite tenendo conto delle regole generali in tema di sanabilità. E allora viene al riguardo in evidenza la disposizione dell'art. 13 secondo cui “...*l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili...*”. Quindi, secondo la lettera del disciplinare, era ammesso al soccorso istruttorio il concorrente che avesse omesso del tutto di dichiarare l'importo dei

contratti analoghi eseguiti nel triennio, mentre, secondo la stazione appaltante, dovrebbe essere escluso il concorrente che ha dichiarato un qualsivoglia fatturato, sia pure inferiore al minimo previsto, anche se lo stesso ha comprovato *ex post*, ma sulla base di documentazione preesistente, di possedere il requisito in parola;

- si tratterebbe di una conseguenza certamente paradossale, tanto più se si pensa che l'art. 13 del disciplinare, in più punti, ribadisce che la sanabilità dei documenti e delle dichiarazioni era subordinata in ogni caso alla dimostrazione che il requisito dichiarato, sia pure irregolarmente, in sede di gara fosse esistente alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte. Con questo la *lex specialis* ha certamente inteso valorizzare il profilo sostanziale, ossia il possesso del requisito, piuttosto che il profilo formale, ossia la dichiarazione del possesso del requisito;

- né può dirsi che nella specie le dichiarazioni rese dalla mandataria e dalla mandante fossero affette da irregolarità tali da non consentire di individuarne il contenuto e/o da mettere in dubbio la loro riferibilità alle due ditte. Il contenuto, infatti, era del tutto chiaro (essendo palese e non contestato che la sommatoria dei due fatturati specifici era inferiore al valore minimo imposto dalla *lex specialis* per il lotto n. 6), mentre sulla riconducibilità delle dichiarazioni alle due società *nulla quaestio*.

7.5. In realtà nella specie è accaduto che la mandante ha erroneamente riportato solo parzialmente gli importi dei contratti analoghi eseguiti nel triennio, di modo che il totale, sommato agli importi dichiarati dalla mandataria, è risultato di inferiore a € 479.726,10 (assommando precisamente a € 412.278,00).

Questo è stato dovuto al fatto che l'a.t.i. ha probabilmente presentato gli stessi D.G.U.E. anche per il lotto n. 12 (che si è aggiudicata), il quale aveva però un importo inferiore, per cui, mentre gli importi dichiarati sono risultati sufficienti per il lotto n. 12, essi erano insufficienti per il lotto n. 6.

Ma non vi è dubbio sul fatto che l'a.t.i. possedesse *ab initio* il requisito in parola, essendo oltre tutto poco probabile che un concorrente dichiarasse scientemente di non essere in possesso di un requisito di ammissione alla gara, esponendosi in tal modo ad una sicura esclusione. *Ergo*, si era in presenza di un errore riconoscibile, rispetto al quale andava attivato il soccorso istruttorio.

7.6. E nemmeno coglie nel segno l'eccezione rassegnata dalle parti resistenti circa il fatto che dai tabulati allegati dalla mandataria e dalla mandante a (tardiva) comprova del possesso del requisito in parola non si evincerebbe che le fatture ivi registrate si riferiscono a forniture analoghe. Al riguardo va infatti rilevato che:

- GrossFruit, come si evince anche dalla ragione sociale, svolge prevalentemente l'attività oggetto del presente appalto, mentre La Fraternità ha comunque dichiarato nel D.G.U.E. di avere eseguito nel triennio appalti analoghi per oltre € 350.000,00, per cui si deve presumere fino a prova contraria che le fatture di cui ai suddetti tabulati si riferiscono alla fornitura in favore di vari enti locali ed ospedalieri marchigiani di derrate alimentari "sostenibili". Peraltro, con riguardo alla capogruppo mandataria, i tabulati inviati il 5 dicembre 2022 hanno modificato solo i dati relativi alle forniture eseguite in favore del Comune di Ancona, mentre sono rimasti immutati quelli relativi ai Comuni di Tolentino e Macerata, il che vuol dire che le forniture avevano il medesimo oggetto. Per quanto riguarda la mandante, invece, i dati sono variati in aumento sia con riguardo alle forniture eseguite in favore del Comune di Montemarciano sia con riguardo alle forniture eseguite in favore dell'A.O. "Ospedali Riuniti Marche Nord", ma, come detto, GrossFruit svolge quale attività principale proprio la fornitura di prodotti ortofrutticoli, per cui si deve presumere che le fatture in parola riguardino tutte forniture analoghe;

- per la Regione, in particolare, sarebbe stato comunque agevole fornire in giudizio la prova contraria mediante acquisizione da parte degli enti interessati dei certificati di regolare esecuzione delle forniture *de quibus*, il che non è avvenuto.

8. In conclusione, la domanda impugnatoria va accolta, con conseguente riammissione alla gara dell'a.t.i. La Fraternità-GrossFruit.

Quanto alle altre domande proposte, poiché nella specie, come detto, la stazione appaltante si è avvalsa dell'inversione procedimentale e poiché l'offerta dell'a.t.i., risultata la più conveniente per l'amministrazione, è stata assoggettata anche a verifica di anomalia, all'accoglimento della domanda impugnatoria segue l'accoglimento della domanda di subentro (il che costituisce dunque reintegrazione in forma specifica dell'interesse azionato), previa declaratoria di inefficacia, dalla data in cui il subentro sarà effettivamente operativo, del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* con la controinteressata. Laddove il contratto dovesse avere avuto un principio di esecuzione, la stazione appaltante farà in modo che il contratto da stipulare con l'a.t.i. ricorrente abbia una durata tale da consentire a La Fraternità e a GrossFruit di recuperare l'utile relativo al periodo in cui l'appalto è stato svolto da Marr S.p.A.

Le spese seguono la soccombenza nei riguardi della Regione Marche, mentre vanno compensate nei confronti di Marr S.p.A.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie la domanda impugnatoria;
- accoglie, nei sensi e nei termini di cui in motivazione, la domanda di reintegrazione in forma specifica e la domanda di subentro;

- dichiara inefficace, con la decorrenza di cui in motivazione, il contratto eventualmente stipulato *medio tempore* con la controinteressata;
- condanna la Regione Marche al pagamento in favore dell'a.t.i. ricorrente delle spese del giudizio, che si liquidano in complessivi € 2.000,00, oltre accessori di legge. Spese compensate nei riguardi della controinteressata.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Tommaso Capitano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO