



**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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4338 del 2018, proposto dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Ancona, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosella Ferrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Giuseppe Talamonti, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Calafiore, Raffaella Polci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

Serenissima Ristorazione S.p.A non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 00302/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ditta Giuseppe Talamonti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Rosella Ferrara e Luigi Di Monaco su delega dell'avv. Giovanni Calafiore e di Raffaella Polci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

L'Azienda Ospedaliera, odierna appellante, ha indetto una procedura selettiva avente ad oggetto la "Concessione area, allestimento ed erogazione del servizio bar e distributori automatici nel

*presidio ospedaliero G.Salesi” per un valore di € 1.432.500,00, sottosoglia ex art. 36 comma 2 lettera B) e art. 164 del D.Lgs. 50 del 18/04/2016”.*

Segnatamente, la divisata commessa ha natura di concessione mista di servizi, forniture e lavori e, all'interno di essa, la quota relativa alla concessione di lavori concerne l'esecuzione, a cura e spese del concessionario, di “ *lavori di progettazione e realizzazione di un nuovo locale, riqualificazione degli ambienti assegnati e la fornitura e posa in opera degli arredi ed attrezzature necessarie all'attivazione dell'attività* “ per un valore pari a € 350.000,00, oltre iva”.

Alla suddetta procedura partecipava anche la ditta Papillon di Talamonti Giuseppe la quale dichiarava di volersi avvalere, per la progettazione e l'esecuzione dei lavori edili e per l'allestimento dei locali, della società TecnoBar srl.

In sede di verifica dei requisiti di ammissione, nella seduta riservata del 22.2.2018, il seggio di gara, oltre a registrare carenze compilative del DGUE della TecnoBar, ritenute tuttavia emendabili per via di soccorso istruttorio, rilevava che la suddetta ditta:

- 1) non aveva in alcun modo attestato di possedere i requisiti di cui all'art. 5.2.1. n. 3 del Disciplinare di gara ( ovvero il requisito di ammissione relativo alla progettazione ed esecuzione dei lavori edili e impiantistici);
- 2) non aveva prodotto il documento di identità relativo alle dichiarazioni pure prodotte ( DGUE e dichiarazione ai fini dell'esecuzione).

La commissione rilevava, altresì, che la TecnoBar oltre a non aver dichiarato di possedere i requisiti richiesti non aveva nemmeno allegato una attestazione SOA da cui poterli indirettamente desumere.

In ragione delle suddette emergenze veniva, dunque, disposta l'esclusione della concorrente, così motivata “*Dalla documentazione prodotta non risulta in nessun modo dichiarato il requisito di cui al punto 5.2.1 n. 3) del disciplinare di gara, né il concorrente o l'operatore economico ausiliario risultano in possesso di attestazione SOA, né inoltre lo stesso ha formulato dichiarazioni di subappalto in merito ai lavori o si è avvalso di imprese ausiliarie specificamente qualificate, si ritiene che tale circostanza determini la carenza in capo al concorrente del requisito di partecipazione di cui al punto 5.2.1 n. 3 del disciplinare di gara, con conseguente necessità di procedere all'esclusione dello stesso dalla gara.*”, come riportata nel Verbale n. 2 del 22/02/2018 allegato al presente atto”.

Il costrutto giuridico dell'appellante muove dalla premessa che, nella documentazione prodotta a corredo della domanda di partecipazione, la concorrente Papillon inseriva il DGUE relativo alla ditta ausiliaria TecnoBar e una dichiarazione in cui tale società si sarebbe limitata a dichiarare che “*la sopra nominata azienda si assume concretamente l'impegno di esecuzione ed allestimento di tutti i lavori necessari*” senza, però, attestare, in nessuno dei documenti prodotti, e sebbene indicata quale esecutrice, il possesso dei necessari requisiti per la progettazione e l'esecuzione dei lavori.

Ciò nondimeno, il giudice di prime cure, dopo aver rilevato la non indispensabilità di un'attestazione SOA, ha, invece, ritenuto sussistente la dichiarazione della TecnoBar srl circa il possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori soggiungendo che la stazione appaltante ben avrebbe potuto richiedere ulteriori chiarimenti alla ditta ausiliaria in merito a pregressi lavori di allestimento di bar dalla stessa eseguiti.

Ha, altresì, precisato che, sebbene non posto a fondamento del provvedimento di esclusione, la stazione appaltante avrebbe potuto promuovere la regolarizzazione anche dell'omessa produzione della fotocopia del documento di identità del titolare della ditta TecnoBar.

Avverso tale decisione, con il gravame in epigrafe, l'appellante ha articolato i seguenti motivi di gravame:

1. i primi giudici avrebbero omesso ogni valutazione circa le eccezioni processuali formulate in prime cure quanto alla mancanza della cd. prova di resistenza ed alla carenza dell'interesse all'azione;

2. i primi giudici circa non avrebbero rilevato l'assenza documentale del requisito di capacità tecnica inerente ai lavori, come fatto palese dalla visura CCIAA della ditta ausiliaria TecnoBar che reca un'iscrizione solo per le attività di commercio e non per quelle di progettazione e/o esecuzione di lavori edili;

3. *Error in procedendo et in iudicando* dei primi giudici che avrebbero erroneamente ritenuto che l'esclusione dipendesse dalla mancata allegazione della SOA e non dalla mancata dimostrazione della sussistenza del requisito di capacità tecnica richiesta quanto all'esecuzione dei lavori;

4 sarebbe erronea la motivazione della decisione impugnata quanto all'interpretazione e all'applicazione dell'art. 83 c. 9 del codice dei contratti in riferimento alla mancata produzione della copia del documento di identità.

Resiste in giudizio la ditta Talamonti.

Con ordinanza n. 4520 del 24.7.2018, il Collegio ha disposto incumbenti istruttori cui l'Amministrazione, all'uopo onerata, ha puntualmente ottemperato.

All'udienza del 20.12.2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

L'appello è fondato e, pertanto, va accolto.

Ritiene preliminarmente il Collegio che il giudizio possa essere definito nel merito nonostante la stessa Azienda appellante abbia rappresentato, con memoria del 13.12.2018, che, in data 16.7.2018, la ditta Papillon, riammessa su esecuzione della Sentenza del TAR per le Marche, n. 302/2018, con riserva di impugnazione, è stata definitivamente esclusa per la non conformità dell'offerta tecnica alle prescrizioni del bando, atto questo rimasto inoppugnato, di talchè la procedura è stata definitivamente aggiudicata ad altra ditta in data 23.11.2018.

Tale sopravvenienza potrebbe, in via di mera tesi, privare l'azione spiegata del requisito indefettibile della procedibilità.

Ciò nondimeno, rileva il Collegio che, anzitutto, non vi è evidenza documentale in atti che riscontri le asserzioni dell'appellante nella parte in cui menziona allegati, viceversa non depositati. Inoltre, la peculiarità del caso qui in rilievo, incentrato sulla contestazione del corredo documentale del procedimento di gara, induce a ritenere suscettiva di favorevole delibazione la richiesta dell'Azienda appellante ad una pronuncia di merito residuando in capo ad essa un interesse anche morale all'accertamento dei fatti.

Quanto al merito della *res iudicanda*, vale premettere che l'ambito cognitivo del presente giudizio involge l'esclusione dell'appellata ditta Papillon dalla procedura selettiva avente ad oggetto la *“Concessione area, allestimento ed erogazione del servizio bar e distributori automatici nel presidio ospedaliero G.Salesi” per un valore di € 1.432.500,00, sottosoglia ex art. 36 comma 2 lettera B) e art. 164 del D.Lgs. 50 del 18/04/2016”*, esclusione decretata in ragione del fatto che *“Dalla documentazione prodotta non risulta in nessun modo dichiarato il requisito di cui al punto 5.2.1 n. 3) del disciplinare di gara, né il concorrente o l'operatore economico ausiliario risultano in possesso di attestazione SOA, né inoltre lo stesso ha formulato dichiarazioni di subappalto in merito ai lavori o si è avvalso di imprese ausiliarie specificamente qualificate, si ritiene che tale circostanza determini la carenza in capo al concorrente del requisito di partecipazione di cui al punto 5.2.1 n. 3 del disciplinare di gara, con conseguente necessità di procedere all'esclusione dello stesso dalla gara.”*, come riportata nel Verbale n. 2 del 22/02/2018 allegato al presente atto”.

L'art. 5.2.1 n.3 del disciplinare di gara prevedeva che *“il concorrente dovrà avere adeguata qualificazione in relazione ai lavori da eseguire indicati all'art 5 del capitolato d'onere – importo stimato € 350.000,00 (id est progettazione ed esecuzione di opere accessorie edili/impiantistiche di predisposizione e riqualificazione dei locali assegnati e installazione a regola d'arte degli arredi e delle attrezzature fino al “pronto uso). Qualora il concorrente, singolo o raggruppato, non sia in possesso del requisito, dovrà avvalersi di altro soggetto qualificato ovvero dichiarare necessariamente subappalto a soggetti qualificati”*.

All'esito dello scrutinio della documentazione amministrativa prodotta dalla ditta Papillon a corredo dell'offerta, emergevano carenze nel corredo informativo relativo all'impresa ausiliaria: la Tecnobar si era, invero, limitata a dichiarare che *“la sopra nominata azienda si assume concretamente l'impegno di esecuzione ed allestimento di tutti i lavori necessari”* senza, però, attestare, in nessuno dei documenti prodotti, e sebbene indicata quale esecutrice, il possesso dei necessari requisiti per la progettazione e l'esecuzione dei lavori che, tuttavia, si impegnava ad eseguire.

In ragione delle suddette emergenze veniva, dunque, disposta l'esclusione della concorrente, così motivata *“Dalla documentazione prodotta non risulta in nessun modo dichiarato il requisito di cui al punto 5.2.1 n. 3) del disciplinare di gara, né il concorrente o l'operatore economico ausiliario risultano in possesso di attestazione SOA, né inoltre lo stesso ha formulato dichiarazioni di subappalto in merito ai lavori o si è avvalso di imprese ausiliarie specificamente*

*qualificate, si ritiene che tale circostanza determini la carenza in capo al concorrente del requisito di partecipazione di cui al punto 5.2.1 n. 3 del disciplinare di gara, con conseguente necessità di procedere all'esclusione dello stesso dalla gara.”, come riportata nel Verbale n. 2 del 22/02/2018 allegato al presente atto”.*

Orbene, rispetto al suindicato tema controverso, il giudice di prime cure, come meglio evidenziato nella narrativa in fatto, ha invalidato la divisata misura espulsiva siccome assunta in distonia con le risultanze procedimentali e con lo specifico quadro regolatorio di riferimento.

Il mentovato *decisum*, di contro, come puntualmente dedotto dall'appellante, si rivela non coerente, anzitutto in punto di fatto, con le risultanze di causa, come acclarato anche a seguito degli approfondimenti disposti dal Collegio.

Segnatamente, con ordinanza n. 4520 del 24.7.2018, il Collegio ha disposto una mirata istruttoria volta a fare definitiva chiarezza sull'effettiva composizione del plico recante la documentazione amministrativa prodotta in corso di causa dalla ditta Paipillon, qui in veste di parte appellata.

Ed, invero, nel corso dell'udienza di discussione era emersa incertezza sull'esatto contenuto delle dichiarazioni di autocertificazione prodotte in sede di gara dalla società TecnoBar srl, nella qualità di ausiliaria della ditta Papillon di Talamonti Giuseppe.

In particolare, nella tesi dell'appellante la società TecnoBar avrebbe omesso di dichiarare nel DGUE e, comunque, di produrre qualsivoglia dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica per l'esecuzione dei lavori previsti dalla disciplina di gara.

La suddetta tesi risulta sviluppata, già in primo grado, con il conforto di produzione documentale che la detta parte appellante assumeva essere quella depositata presso la stazione appaltante ed in cui, effettivamente, non vi è una dichiarazione della TecnoBar nei termini suindicati.

Di contro, la ditta appellata, la cui tesi è stata recepita nella decisione di primo grado, contestava, in fatto, tale assunto sulla premessa che, come da produzione già prodotta in primo grado, e che del pari assumeva corrispondente a quella depositata in sede di gara, la TecnoBar aveva reso la dichiarazione in argomento.

Da qui la rilevata necessità di acquisire, con la decisione interlocutoria summenzionata, la documentazione prodotta in sede di gara riferita alla società TecnoBar srl, incombente puntualmente riscontrato dall'Amministrazione, all'uopo onerata, che, in data 28.9.2018, ha prodotto telematicamente la documentazione richiesta.

Orbene, le risultanze istruttorie non lasciano residuare dubbi sul fatto che nella documentazione depositata presso stazione appaltante dalla ditta Papillon non risulti inclusa la dichiarazione (asseritamente) resa dalla suddetta società TecnoBar sul possesso dei requisiti di capacità tecnica quanto all'esecuzione dei lavori qui in rilievo.

Trova, dunque, recisa smentita l'assunto che costituisce l'abbrivio della tesi svolta dal giudice di primo grado secondo cui il possesso dei requisiti da parte della ditta TecnoBar era stato, comunque, dichiarato, di talchè si poneva, al più, un problema di mera regolarizzazione delle

dichiarazioni comunque rese e, dunque, non completamente omesse ma, semmai, carenti, con conseguente piena accessibilità al rimedio del soccorso istruttorio.

Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, non sussiste alcun errore di percezione del seggio di gara nello scrutinio della documentazione allegata dalle imprese concorrenti mancando effettivamente, come qui ribadito dall'appellante, una dichiarazione sul possesso, da parte della ditta Tecnobar, della necessaria qualificazione all'esecuzione dei lavori *de quibus*.

Resta in ogni caso da valutare se, pur in presenza della rilevata omissione, s'imponesse l'esigenza di applicare in favore della ditta Papillon il soccorso istruttorio previsto dalla disciplina di settore e quali conseguenze può qui sortire la mancata attivazione del suddetto sub procedimento, ove in teoria dovuto.

Com'è noto, l'art. 83 (*"Criteri di selezione e soccorso istruttorio"*), comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 espressamente prevede quanto segue: *"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. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa."*

Appare, dunque, di tutta evidenza come le richiamate disposizioni legislative siano di latitudine tale da far rientrare, almeno secondo una parte della giurisprudenza, nell'ambito operativo del relativo istituto, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata (cfr. da ultimo Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana, sentenza 5 novembre 2018, n. 701) e, dunque, in teoria, anche l'omessa presentazione della dichiarazione in argomento.

Ciò nondimeno, nel caso qui in rilievo, sussistono elementi obiettivi che depongono, però, per la manifesta ultroneità del ricorso alla procedura del soccorso istruttorio non avendo, anzitutto, la ditta appellata assolto all'onere di dimostrare, comprovando in tal modo il proprio interesse ad agire, che, qualora il soccorso istruttorio fosse stato attivato dalla stazione appaltante, l'esito della procedura sarebbe stato favorevole, disponendo l'impresa ausiliaria del requisito non comprovato (arg. ex Consiglio di Stato sez. V, 08/06/2018, n.3483; Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; Consiglio di Stato sez. V, 10/04/2018, n.2180).

Si è efficacemente ritenuto in giurisprudenza che, affinché possa ritenersi attivabile l'invocato soccorso istruttorio, è a carico della concorrente nei cui confronti è invocata la sussistenza di una

causa di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, in ossequio ai principi generali in materia di riparto dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 2697 c.c. e, in particolare, al principio di prossimità o vicinanza della prova (si veda per tutte Cassazione, Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533), provare che il requisito sussista e che si è trattato di una mera irregolarità documentale o dichiarativa. In altri termini, per poter validamente invocare in sede processuale il principio del soccorso istruttorio, al fine di paralizzare la doglianza diretta ad ottenere l'esclusione dalla gara e contrastare l'affermata impossibilità di ottenere l'auspicata aggiudicazione per desumerne la carenza di interesse a ricorrere, la società appellante avrebbe dovuto dimostrare, con onere probatorio a suo carico ex art. 2697 c.c., la natura meramente formale dell'omessa dichiarazione, provando in giudizio di disporre del requisito sostanziale di partecipazione fin dal momento in cui avrebbe dovuto rendere la dichiarazione di fatto mancante: l'impresa concorrente deve, cioè, dimostrare in giudizio che, ove il soccorso istruttorio fosse stato correttamente attivato da parte della stazione appaltante nel corso della procedura di gara, l'esito le sarebbe stato favorevole, disponendo essa del requisito in contestazione, non potendo pretendere di addurre soltanto in via ipotetica la violazione del principio del soccorso istruttorio (Consiglio di Stato sez. V, 10/04/2018, n.2180).

E ciò viepiù in considerazione del fatto che l'Amministrazione appellante, fin dal primo grado, aveva efficacemente arguito, e sulla scorta della stessa documentazione di gara versata in giudizio, come le risultanze processuali deponessero univocamente per la insussistenza non solo formale ma anche sostanziale, in capo alla ditta TecnoBar, dei requisiti di capacità tecnica.

Ed, invero, a tal riguardo l'appellante ha fatto constatare il mancato possesso, da parte della ditta ausiliaria, finanche dello stesso requisito di idoneità professionale non potendo essa disporre, *in apicibus*, di un'iscrizione nel registro delle imprese coerente con le attività inerenti all'oggetto della procedura (requisito, peraltro, espressamente richiesto al punto 5.2.1.1. del disciplinare) e segnatamente con la prestazione riferita ai lavori da eseguire, indicati all'art 5 del capitolato d'onere – importo stimato € 350.000,00 (id est progettazione ed esecuzione di opere accessorie edili/impiantistiche di predisposizione e riqualificazione dei locali assegnati e installazione a regola d'arte degli arredi e delle attrezzature fino al "pronto uso).

A fronte della concludenza dimostrativa dei suddetti elementi documentali la parte, pur essendo onerata della prova, ha omesso di fornire il benché minimo indizio utile a ribaltare le suddette evidenze ed a dimostrare il possesso dei requisiti e per questa via il carattere solo formale della violazione delle prescrizioni di gara, portando così a ritenere che le lacune riscontrate non siano soltanto formali, ma si accompagnino ad una effettiva carenza sostanziale del requisito, o quanto meno, al ragionevole dubbio che quest'ultimo possa essere carente: sicché l'unica strada percorribile per il giudice rimane quella della declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse, stante l'impossibilità per l'appellata di conseguire l'aggiudicazione della gara per carenza sostanziale del requisito di partecipazione.

Tanto è sufficiente per l'accoglimento dell'appello con conseguente rigetto, previa riforma integrale della decisione impugnata, del ricorso proposto in prime cure.

Le spese del doppio grado di giudizio, in ossequio al criterio della soccombenza, vanno poste a carico della parte appellata e liquidate complessivamente in € 6.000,00.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma integrale della decisione impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Condanna la parte appellata al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 6.000,00.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Umberto Maiello**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

**IL SEGRETARIO**