

Pubblicato il 24/02/2022

N. 01314/2022REG.PROV.COLL.

N. 00027/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 27 del 2022, proposto da S.I.L.E.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Bruno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini n.30;

contro

Comune di Bari, non costituito in giudizio;

Ditta Individuale Fornaro Vincenzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Nanula, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Gecos S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Mastropierro, Massimo Felice Ingravalle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 1799/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Ditta Individuale Fornaro Vincenzo e di Gecos S.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Bruno, Nanula e Ingravalle;

sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. S.I.L.E.S. S.r.l. ha partecipato alla procedura indetta dal Comune di Bari volta alla stipula di un accordo quadro, di durata biennale, per l'adeguamento, riqualificazione e sistemazione delle strade e marciapiedi del Municipio 3 Annualità 2021/2022.
2. Ha partecipato alla gara anche la ditta Fornaro Vincenzo, in qualità di Capogruppo-Mandataria del costituendo RTI con la GECOS S.r.l.
3. Il Seggio di gara, il 6 ottobre 2021, dopo aver proceduto all'apertura dei plichi telematici pervenuti e alla verifica della documentazione amministrativa presentata dagli operatori economici, ha ammesso con riserva il costituendo RTI Fornaro – GECOS attivando il soccorso istruttorio per le seguenti motivazioni:

“a pagina 21 del DGUE, il mandatario ha dichiarato di essere stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, selezionando la corrispondente casella “SI”; b) atteso che il mandatario GEOM. Vincenzo FORNARO ha dichiarato di essere stato destinatario di una sentenza emessa dal Consiglio di Stato, nonché di sanzioni pecuniaria e interdittiva irrogate dall'A.N.A.C., si dispone, altresì, di invitare il concorrente RTI GEOM. VINCENZO FORNARO – GECOS S.R.L. a fornire documentazione relativa entro le ore 09:00 del giorno 12.10.2021. Tanto al fine di consentire alla stazione appaltante di porre in essere le valutazioni di competenza ex art. 80, comma 5, lett. c) del D. Lgs n. 50/2016 ss.mm.ii.”
4. La ditta Fornaro ha riscontrato tali richieste a mezzo pec in data 12 ottobre 2021. La nota di riscontro è pervenuta alla Stazione appaltante alle ore 9.52 e non entro le ore 9.00.
5. Nella seduta del 12 ottobre 2021 il Seggio di gara ammetteva il RTI Fornaro – GECOS al prosieguo della procedura.
6. Nella successiva seduta del 25 ottobre 2021, il Seggio di gara, preso atto che *“con nota pec del 21.10.2021 il concorrente S.I.L.E.S. S.R.L., secondo classificato, ha formulato istanza di annullamento in via di autotutela sul presupposto della perentorietà del termine di cui all'art. 83, comma 9 del D.Lgs n. 50/2016”*, ha ritenuto, di *“riesaminare l'iter di ammissione”* del costituendo RTI Fornaro – GECOS e, ha ritenuto *“l'annullabilità”* di tale ammissione dichiarando *“l'esclusione del concorrente predetto atteso che, in violazione di quanto prescritto dall'art. 83, comma 9 del D. Lgs n. 50/2016 ss.mm.ii., non ha prodotto nel termine perentorio fissato delle ore 09:00 del giorno 12.10.2021 la documentazione richiesta in sede di sub-procedimento di soccorso istruttorio”*.

7. Con ricorso dinanzi al TAR Puglia, Bari, la ditta individuale Fornaro Vincenzo e la GECOS S.r.l., ciascuna in proprio e in qualità, rispettivamente, di capogruppo-mandataria e di mandante del costituendo raggruppamento, hanno impugnato sia il provvedimento di esclusione, sia la decisione della stazione appaltante di attivare il soccorso istruttorio nei loro confronti.

8. Il TAR Puglia, Bari, Sez. I, ha definito il giudizio, accogliendo il ricorso, con sentenza in forma semplificata n. 1799/2021.

9. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, S.I.L.E.S. S.r.l., ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello deducendo un unico articolato motivo così rubricato: *“VIOLAZIONE DELL’ART. 83, CO.9, DEL D.L.VO N. 50/2016. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN MATERIA DI ONERE DELLA PROVA. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA IL CHIESTO E IL PRONUNCIATO (VIZIO DI ULTRAPETIZIONE). ERRONEITA’ E TRAVISAMENTO”*.

10. Hanno resistito al gravame GECOS S.r.l. e la ditta individuale Fornaro Vincenzo chiedendone il rigetto.

11. Alla camera di consiglio del 17 febbraio 2022, previo avviso alle parti, la causa è stata trattenuta per la decisione in forma semplificata.

DIRITTO

12. Le argomentazioni dell’appellante possono essere di seguito sintetizzate:

a) il termine per l’integrazione della documentazione a seguito della attivazione del soccorso istruttorio è perentorio, con la conseguenza che al mancato rispetto del termine assegnato va disposta l’esclusione dalla gara, indipendentemente dall’entità del ritardo;

b) il RTI FORNARO-GECOS ha fatto riferimento ad ipotetiche circostanze impeditive (“malfunzionamento della rete internet dovuta, verosimilmente, alla esecuzione in corso di lavori per l’installazione della fibra ottica nel Comune di Barletta”) per tentare di giustificare la violazione del termine perentorio che sarebbe frutto di una “causa non imputabile” all’operatore economico, rimasta tuttavia indimostrata e non provata in alcun modo;

c) la sentenza gravata è affetta dal vizio di ultrapetizione ex art. 112 c.p.c.

13. La questione sottoposta al Collegio ruota intorno ad un unico punto: il ritardo di 52 minuti nella presentazione della documentazione richiesta al RTI FORNARO-GECOS mediante il soccorso istruttorio.

14. Si tratta di un ritardo, da un lato irrilevante, dall’altro lato scusabile.

14.1. Irrilevante, in quanto non è in alcun modo messa in dubbio la perentorietà del termine previsto dalla norma sul soccorso istruttorio (art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016), che, come noto, connette l’esclusione alla mancata regolarizzazione nel termine dato, vista la necessità di assicurare celerità e certezza nella fase di conclusione del procedimento di scelta del contraente.

14.2. Nel caso qui esaminato, il ritardo di pochi minuti nella presentazione della documentazione richiesta non ha prodotto alcun effetto pratico negativo sulle operazioni di gara, che sono andate

avanti senza alcun impedimento. Si è così potuto appurare che non sussisteva alcuna ragione ostativa alla partecipazione del RTI FORNARO-GECOS alla procedura di gara.

14.3. Più volte questa Sezione ha affermato che la disciplina della procedura di gara non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all'amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l'offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell'aggiudicatario; in questo senso, dunque, l'istituto del soccorso istruttorio tende ad evitare che irregolarità e inadempimenti meramente estrinseci possano pregiudicare gli operatori economici più meritevoli, anche nell'interesse del seggio di gara, che potrebbe perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore, per vizi procedurali facilmente emendabili (tra le altre, Consiglio di Stato sez. V, 10 aprile 2018, n. 2180).

15. Sono poi state addotte ragioni più che plausibili volte a giustificare l'innocuo ritardo nella presentazione della documentazione. Ragioni (malfunzionamento della rete derivante dalla esecuzione di lavori per l'installazione della fibra ottica nel Comune di Barletta) che, nella peculiare situazione, dovevano essere valutate dalla Stazione appaltante, come ha in modo condivisibile osservato il giudice di prime cure.

16. Non c'è poi alcun vizio di ultrapetizione. Il passaggio motivazionale contestato dall'appellante è nulla più che un rafforzamento degli argomenti che il giudice di primo grado ha portato a sostegno della propria decisione.

16.1. Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato racchiude in sé tre differenti precetti.

16.2. Esso comporta: a) che il giudice debba decidere su tutta la domanda; b) che il giudice non possa pronunciare oltre i limiti della domanda formulata; c) che il giudice non possa pronunciare su eccezioni la cui rilevabilità è rimessa all'iniziativa delle parti.

16.3. Si parla di ultrapetizione, nel caso in cui il giudice integri o ampli gli effetti giuridici della domanda rispetto a quanto richiesto dalle parti, oppure di extrapetizione, qualora il giudice sostituisca altri effetti rispetto a quelli connessi alla domanda proposta, evenienze che non si ravvisano nel caso qui esaminato.

17. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, con conseguente conferma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 1799/2021.

18. Stante la natura e, per certi aspetti, la novità e particolarità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) n. 1799/2021.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO