Integrazione dell'offerta, affidamento sulle capacità di altri, esperienza pregressa e false dichiarazioni: ulteriori indicazioni da parte della CGUE

di Francesco Campodonico

Title: Documents not included in the initial bid, economic operator relying on the capacities of another entity, experience acquired, and misrepresentations: further information by the CJEU

Keywords: Principles of non-discrimination; Contract performed by another entity; Serious misrepresentations.

1. – Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affrontato, seppur con riferimento all'oramai abrogata Direttiva 2004/18/CE, diverse questioni in materia di gare d'appalto, fornendo, tramite la risoluzione di un caso piuttosto complesso ed articolato, indicazioni utili agli operatori nazionali.

Nella sentenza, oggetto in verità di scarse analisi (v. A. Perazzolo, *Appalti pubblici: chiarimenti su integrazione offerta, esperienza pregressa e false dichiarazioni*, in *Legislazione Tecnica*, 2017), sono state affrontate e risolte una pluralità di questioni nuove e molto specifiche (benché su temi importanti come quelli, tra gli altri, del c.d. soccorso istruttorio e dell'avvalimento, sui quali – soprattutto in passato – si sono appuntati grandi contrasti giurisprudenziali e dottrinali), cui la Corte di Giustizia ha dato risposte condivisibili, che, in ambito nazionale, potranno servire da bussola tanto per i giudici amministrativi quanto per l'ANAC.

Il caso da cui originava la questione sottoposta alla Corte aveva visto il ricorso di un'impresa polacca (la *Esaprojekt sp. z o.o.*) avverso l'aggiudicazione di un lotto di un appalto di servizi da parte del Voivodato di Łódź ad un'altra impresa (anch'essa polacca, la *Konsultant Komputer sp. z o.o.*), lotto relativo alla fornitura di sistemi informatici per stabilimenti ospedalieri in Polonia.

In estrema sintesi, la *Konsultant* aveva dimostrato il possesso dei requisiti per mezzo di documenti contenenti informazioni poi dimostrate, a seguito di un primo ricorso della *Esaprojekt*, inesatte. Il Voivodato, pertanto, aveva annullato la precedente aggiudicazione e chiesto alla *Konsultant* di procedere ad una integrazione documentale al fine di dimostrare il possesso dei requisiti per l'aggiudicazione. Quest'ultima aveva provveduto all'integrazione della sua offerta producendo un ulteriore elenco di forniture e l'impegno di un'altra ditta a fornire, nella forma di una consulenza esperta, quanto occorrente all'esecuzione della prestazione oggetto del bando. Il Voivodato di Łódź, ritenendosi soddisfatto dalle nuove produzioni della *Konsultant*, procedeva ad una nuova aggiudicazione del lotto a suo favore. La *Esaprojekt*, esclusa per la seconda volta, impugnava anche questa aggiudicazione lamentando, da un lato, il fatto che l'aggiudicazione fosse avvenuta nonostante la dimostrazione della non veridicità delle informazioni rese dalla *Konsultant* in sede di prima aggiudicazione e, dall'altro, che la stessa non fosse in possesso dei requisiti per partecipare alla gara. Il bando

di gara richiedeva, infatti, la dimostrazione di aver già svolto almeno due contratti nello specifico settore, cosa che la *Konsultant* non era riuscita a provare se non per mezzo del ricorso a un altro soggetto e neppure le forniture indicate come proprie dalla *Konsultant* erano state effettivamente svolte da questa bensì da un raggruppamento di imprese costituito dalla *Konsultant Komputer* e dalla *Konsultant IT*.

2. – Nel deferire la questione alla Corte di Giustizia, la *Krajowa Izba Odwoławcza* (Commissione nazionale di ricorso) polacca formulava sette diversi quesiti, di cui tre riferiti al tema dell'integrazione successiva dell'offerta. Il primo di questi riguardava l'ammissibilità o meno, secondo le norme poste dalla direttiva 2004/18, di presentare «informazioni aggiuntive» (v. conclusioni dell'Avvocato generale, al par. 27) all'offerta mediante indicazione di prestazioni già rese precedentemente ma diverse da quelle già indicate dallo stesso offerente nell'allegato all'offerta nonché di indicare prestazioni rese da terzi, dell'ausilio dei quali, tuttavia, non si era dato conto nell'offerta iniziale. Il secondo quesito atteneva, invece, alla possibilità di procedere ad una integrazione mediante documenti che non esistevano prima della data di scadenza della presentazione dell'offerta (e che sono venuti in essere solo successivamente). Infine, il terzo, alla facoltà per gli offerenti di procedere all'integrazione – per il tramite di documenti predisposti dagli stessi, dai subappaltatori o da altri soggetti – anche se questi non erano stati comunicati al momento dell'offerta.

Questi primi tre quesiti erano affrontati e risolti congiuntamente dalla Corte di Giustizia, che, richiamandosi ad una propria recente pronuncia (sentenza del 7 aprile 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214), riaffermava, in prima battuta, il vincolo posto all'attività delle stazioni appaltanti dai principi di parità di trattamento e di non discriminazione e, di conseguenza, l'impossibilità di procedere a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una gara. L'offerta non dovrebbe – almeno «in linea di principio» (v. punto 37 della sentenza) – poter essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente. Alla stazione appaltante, dunque, sarebbe precluso chiedere chiarimenti a un offerente la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onere, potendo solo disporre l'esclusione.

Naturalmente, già l'articolo 2 della Direttiva 2004/18 faceva salva la possibilità di «correggere o completare su singoli punti» i dati relativi all'offerta, consentendo così il fenomeno del c.d. soccorso istruttorio, oggi previsto dall'art. 56, comma 3, della Direttiva 2014/24 (e, in Italia, dall'art. 83, comma 9 recentemente riformulato dal d.lgs. 56 del 2017). La Corte europea, tuttavia, aveva già chiarito, con la pronuncia sopra citata, che la legittima richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante non poteva comunque surrettiziamente condurre alla proposizione di una nuova offerta. Ciò, infatti, oltre a costituire una violazione del principio di parità di trattamento, si sarebbe tradotto in un comportamento manifestamente sleale nei confronti degli altri candidati, che sarebbero comunque risultati danneggiati da un simile comportamento.

Nel caso di specie, la Corte ha rilevato come l'integrazione documentale da parte della *Konsultant* non si fosse limitata a rappresentare un mero chiarimento su singoli punti ma abbia operato una sostanziale modifica dell'offerta iniziale, qualificandosi quasi come una nuova offerta. Ciò, tuttavia, con il fattivo concorso dell'amministrazione procedente, la quale, da un lato, avrebbe dovuto astenersi dal richiedere un'integrazione di tale portata alla *Konsultant* e, dall'altro, avrebbe violato, con il proprio comportamento, i doveri di imparzialità e di trasparenza cui sono soggette tutte le amministrazioni pubbliche.

3. – La Corte ha affrontato, poi, un quarto quesito posto dal giudice *a quo*, in merito all'ammissibilità dell'avvalimento anche quando questo sia utilizzato dall'offerente per supplire a una propria mancanza in ordine alle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto e che, tuttavia, non siano possedute neppure dal soggetto terzo ma che si ricavano, per

addizione, dalle competenze dei due soggetti. In altre parole, né l'offerente né l'ausiliario sono in possesso, da soli, dei requisiti necessari all'aggiudicazione ma, unendo le rispettive competenze, arrivano ad integrarli.

Sul punto, la Corte di Giustizia ha condiviso la visione dell'Avvocato generale, Michal Bobek, il quale, al paragrafo 46 delle proprie conclusioni, aveva già rilevato come la questione pregiudiziale partisse dal presupposto di un appalto indivisibile (relativamente al lotto in discorso) e che, dunque, l'esclusione della possibilità di far valere le esperienze di più operatori economici fosse «connessa e proporzionata» all'oggetto dell'appalto stesso. Conseguentemente, la Corte ha dichiarato, nel caso, l'impossibilità di ricorrere a questa forma di avvalimento, in ragione dell'unicità della prestazione richiesta e della sua esecuzione da parte di un unico operatore.

Analogamente a quest'ultimo, anche il quinto quesito posto dal giudice del rinvio concerneva un possibile limite al meccanismo dell'avvalimento. Il giudice polacco si domandava, infatti, se fosse consentito ad un operatore economico, che partecipi come singolo offerente ad una gara, fare affidamento sull'esperienza di un raggruppamento di imprese cui lo stesso soggetto abbia preso parte nell'ambito di un precedente appalto pubblico, a prescindere dalla natura della sua partecipazione all'esecuzione di quest'ultimo.

La Corte, nell'affrontare il punto, ricordava al giudice nazionale che, anche in questi casi, l'esperienza dell'operatore economico «deve essere valutata in relazione alla concreta partecipazione di detto operatore e, dunque, al suo effettivo contributo all'esercizio dell'attività richiesta a detto raggruppamento nell'ambito di un determinato appalto pubblico». Di conseguenza, nell'ambito di un successivo appalto, un operatore economico non può vantare, a titolo di esperienza maturata, la semplice partecipazione ad un raggruppamento di imprese se, nell'ambito dei servizi resi dal gruppo, egli non abbia avuto parte alcuna.

4. – Quanto alla sesta questione, essa verteva sul tema dell'applicabilità dell'esclusione dalla gara d'appalto per false dichiarazioni rese alla stazione appaltante dall'operatore economico che abbia agito in maniera non intenzionale. La Commissione nazionale di ricorso polacca si chiedeva, infatti, se fosse ammissibile, ai sensi dell'art. 45, paragrafo 2, lettera g), procedere all'esclusione di un operatore resosi gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni richieste all'amministrazione anche in assenza di prove circa l'azione intenzionale dell'operatore e senza operare una preventiva valutazione in ordine all'incidenza o alla possibilità di incidenza di tale condotta sull'esito della gara d'appalto.

La Corte di Giustizia, pur rilevando che l'articolo citato non prevedeva nessuno di tali accertamenti, considerava altresì sufficiente all'esclusione dell'operatore una negligenza «di una certa gravità, ossia di una negligenza che può avere un'incidenza determinante sulle decisioni di esclusione, di selezione o di aggiudicazione di un appalto pubblico» (v. par. 71 della sentenza). In altri termini, la grave negligenza (che giustifica l'esclusione) commessa dall'operatore non deve, necessariamente, produrre un effetto distorsivo o lesivo della procedura di selezione e aggiudicazione, potendo rimanere limitata alla sola potenzialità. Di conseguenza, la Corte esclude che l'amministrazione aggiudicatrice debba provare un comportamento doloso da parte dell'operatore economico, bastando all'esclusione la semplice condotta gravemente negligente, come meglio specificata dalla legislazione nazionale.

Nel caso di specie – come rileva ancora la Corte europea – la condotta della *Konsultant* si è dimostrata effettivamente distorsiva, avendo avuto un'incidenza determinante sulle decisioni adottate dalla stazione appaltante e, di conseguenza, tale condotta ben potrebbe «motivare la decisione dell'amministrazione di escludere il suddetto operatore dall'appalto di cui trattasi».

5. – L'ultimo quesito posto alla Corte riguardava la possibilità o meno, per un operatore economico, di far valere l'esperienza maturata nella prestazione di un servizio (e la cui dimostrazione è richiesta dal bando di gara) facendo valere due o più contratti svolti

precedentemente trattandoli come un unico appalto, anche se né nel bando di gara né nel capitolato d'oneri tale cumulo era espressamente consentito.

La Corte, dopo aver richiamato la necessità che i candidati o gli offerenti dimostrino all'amministrazione aggiudicatrice il possesso, presente o futuro, delle capacità necessarie alla corretta esecuzione dell'appalto pubblico, ha ritenuto che ogni valutazione sul punto deve essere rimessa all'autonomia della singola amministrazione, la quale nel bando può espressamente consentire o escludere tale possibilità, purché le regole da essa stabilite siano «connesse e proporzionate all'oggetto e alle finalità di detto appalto».

In assenza di indicazioni specifiche da parte della amministrazione precedente, sarebbe illogico – come già argomentato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni – ritenere che i requisiti per la partecipazione ad un determinato appalto possano essere validamente soddisfatti con il ricorso al sistema dell'avvalimento e non consentire che uno stesso operatore economico faccia valere le esperienze acquisite nell'ambito di contratti distinti. Di conseguenza, tale possibilità deve essere ammessa e deve essere riservata all'amministrazione precedente la valutazione intorno all'esperienza maturata dall'operatore nel quadro dei singoli contratti e che dal “combinato disposto” di questi possano ritenersi soddisfatti i requisiti previsti dal bando.

6. – La Corte di Giustizia in questa sentenza, come già fatto in diversi casi precedenti (sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a. (C^o 599/10, EU:C:2012:191, punto 36); del 10 ottobre 2013, Manova (C^o 336/12, EU:C:2013:647, punto 31), e del 7 aprile 2016, Partner Apelski Dariusz (C^o 324/14, EU:C:2016:214, punto 62), si è trovata a dover esplorare i limiti alla possibilità di integrazione documentale successiva al termine di presentazione dell'offerta. E, se pure la Corte sembra condividere – nel richiamarsi ad un completamento su «singoli punti» – la metafora proposta dall'Avvocato generale, per il quale l'offerta iniziale andrebbe intesa come una istantanea, nella quale tutti gli elementi devono essere già contenuti, seppure «a bassa risoluzione», ed eventualmente «ingranditi» in seguito, a richiesta dell'amministrazione precedente, lo spazio lasciato alla valutazione delle singole amministrazioni precedenti è comunque significativo. La Corte, infatti, afferma che l'amministrazione deve assicurarsi (solo) che la presentazione delle integrazioni documentali non conduca, surrettiziamente, alla presentazione di una nuova offerta da parte dell'offerente.

Non pare insensato, tuttavia, immaginare che tra le «precisazioni su singoli punti» e la «presentazione di una nuova offerta» corra un considerevole spazio, nel quale possono incontrarsi fattispecie assai differenti tra loro e non sempre riducibili all'una o all'altra categoria, come indicate dalla Corte. In maniera più condivisibile, l'Avvocato generale aveva cercato di ancorare, da un lato, la richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante e, dall'altro, la loro produzione da parte dell'offerente, al contenuto dell'offerta iniziale, per cui si dovrebbero escludere dall'integrazione tutte quelle informazioni che, come nel caso di specie, non erano contenute nell'offerta iniziale. L'ausilio di un soggetto terzo va considerato, senza dubbio, come una modifica significativa dell'offerta (se non proprio una nuova offerta) in quanto di tale ausilio non era fatta parola nell'offerta originale.

7. – Si deve tuttavia rilevare che, limitatamente al nostro Paese, la lettera dell'art. 41, comma 1-ter dell'abrogato codice degli appalti (d.lgs. 163 del 2006) aveva già dato luogo a interpretazioni assai più estensive. Infatti, come riportato anche dall'ANAC, in un suo parere di precontenzioso (v. Delibera n. 1093 del 26 ottobre 2016), «(dal)l'orientamento di questa Autorità e della giurisprudenza amministrativa in relazione all'esperibilità del soccorso istruttorio (...) emerge chiaramente come sia consentito in sede di gara procedere alla sanatoria di ogni omissione o incompletezza documentale, superando il limite della sola integrazione e regolarizzazione di quanto già dichiarato e prodotto in gara», consentendo, quindi, «un'estensione dell'istituto del soccorso istruttorio a tutti i documenti da produrre in gara, in relazione ai requisiti di partecipazione, ma non anche per supplire a carenze dell'offerta».

Nel 2015 si era registrata una discussa Determinazione dell'ANAC – la n. 1 di quell'anno – in cui l'Autorità aveva ammesso espressamente la possibilità di integrare i documenti dell'offerta tecnica ed economica nonché di sanare la carenza della firma dell'offerente. L'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (art. 83, comma 9), tuttavia, ha espressamente escluso tali eventualità, riservando il c.d. soccorso istruttorio "integrativo" alla sola «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 tecnica ed economica».

La giurisprudenza più recente, benché, da un lato, annoveri tra i limiti all'operatività del soccorso istruttorio una «documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso dei requisiti di partecipazione da parte del concorrente» (v., tra gli altri, Consiglio di Stato, Sez. III, 24 novembre 2016, n. 4930 e T.A.R. Lazio, Roma, II-quater, 17 gennaio 2017, n. 787), dall'altro, sembra accettare, in alcuni casi, l'integrazione successiva di carenze documentali dell'offerta – ad es. riferite all'impegno dell'eventuale fideiussore (v. T.A.R. Liguria, Genova, sezione II, 17 ottobre 2016, n. 1023).

8. – In conclusione, se, da un lato, è auspicabile che la giurisprudenza nazionale si attenga ad un'interpretazione quanto più restrittiva possibile della nuova formulazione normativa, dall'altro occorre riconoscere che un maggior coraggio servirebbe anche a livello europeo. La Corte di Giustizia dell'Unione, infatti, potrebbe far propria la posizione, espressa nel caso in commento dall'Avvocato generale, volta ad escludere dal meccanismo del soccorso istruttorio tutte quelle integrazioni successive dirette ad ampliare il quadro o "la foto" – per rifarsi ancora alla metafora richiamata – presentata in sede di offerta.

Peraltro, in ambito nazionale, se si volesse davvero tutelare il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, si dovrebbe verificare, in concreto, che le pubbliche amministrazioni procedenti esercitino un attento vaglio su tutte le integrazioni successive, che riguardino elementi essenziali e non formali della domanda, attenendosi sempre ad un giusto rigore nei confronti di un'attività comunque svolta in maniera erronea dai candidati.