

Pubblicato il 20/02/2025

N. 01425/2025REG.PROV.COLL.
N. 07702/2024 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7702 del 2024, proposto da Società L.P.G. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A02E24C3DB, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio e Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto n. 18;

contro

Co.Ge.A. Impresit S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Bifulco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Società Sopron Engineering S.r.l., Società Itec Engineering S.r.l., comune di Casal Velino (Sa), Unione dei Comuni Velini, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 1600 del 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Co.Ge.A. Impresit S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2025 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati D'Amico, in sostituzione degli avvocati Brancaccio e La Gloria, e Abbamonte, in sostituzione dell'avvocato Bifulco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L.P.G. Costruzioni S.r.l. ha impugnato la determinazione del Responsabile del Servizio Urbanistica - Lavori Pubblici del Comune di Casal Velino (SA) n. 117 del 15 febbraio 2024 con la quale, previa approvazione della proposta di aggiudicazione di cui al verbale di gara n. 4 del 23 gennaio 2024, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva ed efficace della procedura di appalto integrato *ex art. 44 d.lgs. n. 36 del 2023* “*per l'affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori in merito al progetto PAC COMPLEMENTARE AL P.O.N. “INFRASTRUTTURE E RETI” 2014-2020 - Parkway Alento (2° stralcio). Interventi di tutela, valorizzazione e promozione della fruizione sostenibile del patrimonio naturale del SIC Alento (IT8050012) - 3° Lotto (Porta di Vallo Scalo)*” (CIG A02E24C3DB) in favore dell'operatore economico CO.GE.A. Impresit S.r.l. per un importo complessivo pari ad euro 4.461.467,42 oltre IVA.

Con successivi ricorsi per motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato le ulteriori determinazioni dirigenziali n. 254 del 25 marzo 2024 e n. 388 del 7 maggio 2024, rispettivamente di sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione e di revoca della sospensione precedentemente

disposta e conferma dell'efficacia dell'aggiudicazione in favore di Co.Ge.A., a firma dello stesso Responsabile del Servizio.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, ha respinto il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, con sentenza n. 1600 del 2024, appellata da L.P.G. Costruzioni S.r.l. per i seguenti motivi di diritto:

I) error in iudicando - violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5, 17 e 101 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e s.m.i. - violazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti - violazione della *lex specialis* - difetto e, comunque, erroneità della motivazione - perplessità - abnormità – omissione di pronuncia;

II) error in iudicando - violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5, 17 e 101 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e s.m.i. - violazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti - violazione della *lex specialis* - difetto e, comunque, erroneità della motivazione - perplessità – abnormità;

III) error in iudicando - violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 5, 17 e 101 d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 e s.m.i. - violazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti - violazione della *lex specialis* - difetto e, comunque, erroneità della motivazione - perplessità – abnormità.

L'appellante ha proposto, altresì, istanza di risarcimento del danno.

Si è costituita per resistere all'appello Co.Ge.A. Impresit S.r.l.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 6 febbraio 2025 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da L.P.G. Costruzioni S.r.l. per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la

Campania, sezione staccata di Salerno, n. 1600 del 2024 del 29 luglio 2024, che ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti in primo grado dalla società L.P.G. Costruzioni S.r.l. per l'annullamento della determinazione del Responsabile del Servizio Urbanistica - Lavori Pubblici del Comune di Casal Velino (SA) n. 117 del 15 febbraio 2024 (n. settoriale 36), con la quale, previa approvazione della proposta di aggiudicazione di cui al verbale di gara n. 4 del 23 gennaio 2024, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva ed efficace della procedura negoziata ex art. 50, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 36 del 2023 di appalto integrato ex art. 44 dello stesso codice *“per l'affidamento congiunto di progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori in merito al progetto PAC COMPLEMENTARE AL P.O.N. “INFRASTRUTTURE E RETI” 2014-2020 - Parkway Alento (2° stralcio). Interventi di tutela, valorizzazione e promozione della fruizione sostenibile del patrimonio naturale del SIC Alento (IT8050012) - 3° Lotto (Porta di Vallo Scalo)”* (CIG A02E24C3DB) in favore dell'operatore economico CO.GE.A. Impresit S.r.l. per un importo complessivo pari ad euro 4.461.467,42 oltre IVA, nonché delle ulteriori determinazioni dirigenziali n. 254 del 25 marzo 2024 (n. settoriale 36) e n. 388 del 7 maggio 2024 (n. settoriale 9) a firma dello stesso Responsabile del Servizio.

Deve premettersi che, alla scadenza del termine di presentazione delle offerte fissato al 22 dicembre 2023, dei dieci operatori invitati alla procedura presentavano la propria offerta soltanto due operatori economici: L.P.G. Costruzioni S.r.l. e CO.GE.A. Impresit S.r.l.

All'esito della procedura, la commissione giudicatrice, dopo aver valutato le offerte dei due concorrenti, redigeva la graduatoria finale che vedeva CO.GE.A. Impresit S.r.l. al primo posto con un punteggio complessivo pari a 82,886 punti, e L.P.G. Costruzioni S.r.l. al secondo, con un punteggio complessivo pari a 70,025 punti.

Con verbale n. 4 del 23 gennaio 2024 il RUP formulava la proposta di aggiudicazione in favore di Co.Ge.A. Impresit e il comune di Casal Velino, con determina n. 117 del 15 febbraio 2024, all'esito delle verifiche disponeva l'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato in favore di Co.Ge.A.

L.P.G. Costruzioni impugnava l'aggiudicazione e gli atti di gara deducendo la violazione dei punti 15.1 e 21 della lettera d'invito e della disciplina prevista dal codice degli appalti in materia di cause di esclusione, in relazione alla falsa dichiarazione di Co.Ge.A., che non avrebbe ricompreso il revisore legale della società nell'ambito dei soggetti che avevano effettuato le dichiarazioni sul possesso dei requisiti di ordine generale; deduceva, altresì, la violazione del punto 6.3.2 della lettera d'invito nonché degli artt. 66 e 100 del d.lgs. 36 del 2023, in relazione al mancato espletamento delle verifiche a comprova dei requisiti di capacità tecnica e professionale dei progettisti indicati.

Successivamente alla notificazione del ricorso l'amministrazione, con determina n. 254 del 25 marzo 2024, disponeva la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione ai fini dell'esperimento delle verifiche sul possesso dei requisiti oggetto di autodichiarazione in sede di gara.

Il comune di Casalvelino, invero, dopo aver richiesto alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lagonegro, competente per territorio, i certificati inerenti le eventuali emergenze e pregiudizi penali del revisore legale dell'aggiudicataria e all'aggiudicataria stessa l'esibizione dei certificati di eseguito servizio corrispondenti alle attività oggetto di autodichiarazione da parte dei progettisti indicati (Itec engineering S.r.l. e Sopron Engineering S.r.l.), con nota 4543 del 4 aprile 2024, in seguito al deposito della documentazione a comprova dei requisiti dei progettisti, riscontrava la veridicità e sostanza dei certificati esibiti presso ciascun soggetto committente.

In relazione alla posizione del revisore legale, dalla nota prot. n. 4561 del 4 aprile 2024 risultava, inoltre, che l'acquisizione del certificato generale del casellario giudiziale e del certificato dei carichi pendenti aveva dato esito negativo, nulla risultando a suo carico, mentre con riferimento alla posizione dei progettisti indicati erano ancora in itinere le verifiche.

L.P.G. impugnava con motivi aggiunti il succitato provvedimento di sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione, unitamente a tutti i provvedimenti adottati dal RUP ai fini dell'effettuazione delle verifiche.

In considerazione dell'esito positivo di tutti i controlli avviati in seguito alla sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione, con determinazione n. 388 del 7 maggio 2024 il comune di Casal Velino revocava la sospensione precedentemente disposta e, per l'effetto, confermava l'efficacia dell'aggiudicazione in favore di Co.Ge.A.

Anche tale provvedimento veniva impugnato con un secondo e un terzo ricorso per motivi aggiunti.

La sentenza appellata ha respinto il ricorso di primo grado ritenendo che: *“L'omissione dichiarativa rappresentata dalla ricorrente (relativa alla figura del revisore legale) non può di per sé determinare l'esclusione del concorrente controinteressato. ... Il nuovo d.lgs. n. 36/2023 esclude pertanto che all'omissione di informazioni rilevanti segua di per sé l'espulsione del concorrente dalla procedura.*

Nel caso di specie, alla controinteressata non è imputabile alcuna falsità dichiarativa, ma al più una omissione dichiarativa riferita alla figura del revisore legale, con la conseguenza che in nessun caso tale violazione avrebbe potuto determinarne l'esclusione. ...

Con riferimento invece al fatto la Stazione appaltante ha provveduto alle predette verifiche soltanto dopo l'aggiudicazione e alle altre censure formulate, occorre rilevare che, da un lato, la ricorrente non lamenta il mancato possesso di requisiti generali o speciali da parte della

controinteressata o del RTP indicato e, dall'altro, che il vizio lamentato attiene semplicemente alla articolazione del procedimento”.

Con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza impugnata per avere avallato il comportamento illegittimo della stazione appaltante. Ed invero, per l'appellante, dopo che la gara si era già conclusa e dopo che era stata disposta anche l'aggiudicazione definitiva ed efficace, l'amministrazione si sarebbe sostituita al concorrente richiedendo e acquisendo, *motu proprio*, la documentazione a comprova dei requisiti non dichiarati dall'operatore economico in relazione alla figura del “revisore legale” (precisamente non dichiarati a causa della falsa dichiarazione sulla composizione dell'organo sociale), nonché dei requisiti di progettazione che, in ogni caso, lo stesso concorrente aveva il preciso e testuale obbligo di dimostrare (cfr. il punto 6.3.2 della lettera di invito). Tutto ciò sarebbe avvenuto dopo circa tre mesi dall'avvenuta aggiudicazione definitiva ed efficace ed esclusivamente a causa del ricorso giurisdizionale proposto dall'altro concorrente in gara (L.P.G.).

L'appellante deduce anche la violazione dell'art. 17 del d.lgs. n. 36 del 2023, che imporrebbe alla stazione appaltante di svolgere le prescritte verifiche di legge prima di disporre l'aggiudicazione definitiva ed efficace, la violazione del principio del soccorso istruttorio (art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023), che non potrebbe essere esperito dopo lo svolgimento della gara e dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, nonché del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, che, in presenza di un comportamento negligente dell'operatore economico, non consentirebbe, comunque, alcuna sanatoria, e censura, altresì, l'applicazione da parte del giudice di primo grado dell'art. 21 *octies*, comma 2, primo periodo, della legge n. 241 del 1990.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per avere escluso la sussistenza della falsa dichiarazione del concorrente (oggetto del primo motivo del ricorso introduttivo) ritenendo

che, nella specie, si fosse in presenza soltanto di una omissione dichiarativa che di per sé non dava luogo all'esclusione dello stesso, atteso che tale omissione potrebbe rilevare solo come possibile causa non automatica di esclusione, poichè soltanto la stazione appaltante potrebbe e dovrebbe esprimersi ai sensi dell'art. 98, comma 3, lettera *b*) e comma 5, del d.lgs. n. 36 del 2023.

Per l'appellante, inoltre, il Tar si sarebbe illegittimamente sostituito all'amministrazione, confermando l'ammissione alla gara e l'aggiudicazione della stessa in favore di CO.GE.A. Impresit S.r.l. che, invece, avrebbe dovuto essere annullata, con la rimessione della questione alla stazione appaltante per l'espressione delle valutazioni di sua competenza.

Così facendo, anche il Tar, come già prima il responsabile del Servizio in sede di gara, avrebbe, pertanto, completamente disatteso la vincolante previsione dell'art. 98, comma 3, lettera *b*), del d.lgs. n. 36 del 2023.

Con il terzo motivo di gravame l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza per non avere accolto la censura con cui lo stesso aveva lamentato la violazione della stessa *lex specialis*, che espressamente sanciva che le "false dichiarazioni" del concorrente non erano sanabili (punto 14 della lettera di invito), nonchè per avere omesso ogni pronuncia sul motivo aggiunto con cui era stata dedotta un'ulteriore carenza istruttoria e documentale a carico dell'amministrazione, come emersa dall'ultima determinazione dirigenziale n. 388 del 7 maggio 2024, e, cioè, l'omessa verifica dei requisiti generali e dell'eventuale sussistenza di cause di esclusione anche nei confronti dell'Istitore e Responsabile Tecnico dell'impresa.

L'appellante lamenta, dunque, che il mancato accertamento di tutte le cause di esclusione automatiche e non automatiche in capo al concorrente (artt. 94, 95 e 98) dimostrerebbe che i vizi dedotti attengono univocamente al più

rilevante piano sostanziale e che non era, quindi, ammissibile la sanatoria postuma posta in essere dall'amministrazione.

Ed invero, il legale rappresentante di CO.GE.A. Impresit S.r.l. avrebbe falsamente dichiarato che i soggetti nei confronti dei quali dovevano essere rese le dichiarazioni in ordine all'insussistenza delle cause automatiche e non automatiche di esclusione erano soltanto l'Amministratore Unico, Direttore Tecnico e Socio di Maggioranza, e l'Institore (Responsabile Tecnico dell'impresa).

Tuttavia, dalla visura camerale della società presso la C.C.I.A.A. di Salerno, come acquisita dalla società ricorrente in primo grado (e non dalla stazione appaltante), è emersa la presenza di un altro soggetto che doveva obbligatoriamente rendere le dichiarazioni richieste dalla *lex specialis* e, cioè, del revisore legale.

La controinteressata aggiudicataria Co.Ge.A. eccepisce l'inammissibilità del ricorso di primo grado e dell'appello sotto diversi profili, assumendone, comunque, l'infondatezza.

L'appello va respinto nel merito, potendosi assorbire l'esame delle eccezioni preliminari di inammissibilità sollevate da Co.Ge.A. Impresit S.r.l. in considerazione dell'infondatezza di tutte le censure dedotte, che si tratteranno congiuntamente in quanto tra loro strettamente connesse.

Ed invero, non può, innanzitutto, ravvisarsi alcuna violazione escludente in ordine alla figura del revisore legale laddove non solo non sussiste alcuna falsa dichiarazione, ma, come chiarito nella impugnata sentenza: *“la ricorrente non imputa al citato revisore legale alcuna specifica causa di esclusione tra quelle previste dagli artt. 94, 95 e 98 del medesimo decreto”*. Costituisce, inoltre, conferma della inconfigurabilità di cause di esclusione l'intervenuta verifica da parte della stazione appaltante in ordine alla insussistenza di cause ostative alla partecipazione, né per il revisore legale né per i progettisti, che sono risultati tutti in possesso dei requisiti necessari e, in ogni caso, la mancata produzione della documentazione a comprova

in sede di partecipazione “*non assume rilievo, in quanto ben poteva costituire oggetto di soccorso istruttorio, considerato che tali documenti sono riferiti a requisiti di cui non si contesta l’omessa dichiarazione in sede di partecipazione*” (cfr. sentenza impugnata).

Il Collegio ritiene, innanzitutto, di richiamare, in ordine alla distinzione tra omissione e falsità dichiarativa, la nota pronuncia dell’Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 16 del 28 agosto 2020, che, nell’affermare il principio di diritto della necessità che la stazione appaltante effettui sempre valutazioni accurate sulle fattispecie della falsità od omissione di informazioni, senza alcun automatismo espulsivo, ha definitivamente chiarito che la nozione di falsità costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l’alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente, mentre la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale, ma solo con valutazione nel caso concreto, in relazione alle “*circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l’inaffidabilità del concorrente*”.

Dalla falsità di informazioni rese dall'operatore economico partecipante a procedure di affidamento di contratti pubblici e finalizzata all'adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante concernenti l'ammissione alla gara, la selezione delle offerte e l'aggiudicazione consegue che la stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, senza alcun automatismo espulsivo; alle conseguenze ora esposte conduce anche l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico; la falsità vera e propria ha carattere residuale e si applica in

tutte le ipotesi di falso non rientranti nelle precedenti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16).

Ed invero, nel caso di specie la *lex specialis* di gara individuava precisamente le condizioni di partecipazione e riconnetteva portata escludente al solo mancato possesso dei requisiti di ordine generale (cfr. punto 5, pag. 14, del disciplinare di gara allegato alla lettera d'invito, secondo cui: “5. *REQUISITI DI ORDINE GENERALE E ALTRE CAUSE DI ESCLUSIONE*

I concorrenti devono essere in possesso, a pena di esclusione, dei requisiti di ordine generale previsti dal Codice nonché degli ulteriori requisiti indicati nel presente articolo”) e in ordine alle modalità di compilazione della domanda, prevedeva la possibilità di presentare dichiarazioni sostitutive sul possesso dei requisiti (cfr. punto 15.1 del disciplinare: “*Le dichiarazioni in ordine all'insussistenza delle cause automatiche di esclusione di cui all'articolo 94 commi 1 e 2 del Codice sono rese dall'operatore economico in relazione a tutti i soggetti indicati al comma 3. Le dichiarazioni in ordine all'insussistenza delle cause non automatiche di esclusione di cui all'articolo 98, comma 4, lettere g) ed h) del Codice sono rese dall'operatore economico in relazione ai soggetti di cui al punto precedente*”), senza correlare alcuna valenza espulsiva al deficit o all'irregolarità dichiarativa.

Ne consegue che il soccorso istruttorio poteva di certo essere esercitato in relazione ai requisiti di partecipazione non correttamente dichiarati.

Ed invero, riguardo all'esercizio del soccorso istruttorio procedimentale, questo Consiglio ha più volte statuito che: “*Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla*

domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure” (Cons. Stato, VI, 24 febbraio 2022, n. 1306), affermando, inoltre, che “il soccorso istruttorio sarebbe possibile “non soltanto per ‘regolarizzare’, ma anche per ‘integrare’ la documentazione mancante”, a meno che non si tratti di “carenze e irregolarità” che attengono “all’offerta economica e all’offerta tecnica”(Cons. Stato, IV, 1 marzo 2024, n. 2042).

Non incidono, dunque, sulla legittimità dell’affidamento e dell’aggiudicazione eventuali inesattezze del sub procedimento di verifica dei requisiti oggetto di autodichiarazione, in quanto l’esito della gara può essere disatteso solo nel caso in cui sia accertata un’effettiva causa di esclusione.

E’ stato efficacemente affermato dalla sezione che: *“l’istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l’azione dei soggetti pubblici ed equiparati” (cfr. Cons. Stato, V, 21 agosto 2023, n. 7870).*

Ed invero, in materia di procedure per l’aggiudicazione di contratti pubblici, il soccorso istruttorio impedisce che, nei casi in cui risulti comunque rispettata la *par condicio* fra i partecipanti, le formalità imposte dalla legislazione sull’evidenza pubblica si traducano in un inutile pregiudizio per il buon esito della gara, il cui scopo è quello di permettere l’aggiudicazione al soggetto che mette a disposizione della stazione appaltante la migliore offerta e garantisce, dunque, il miglior risultato dell’azione amministrativa.

Ciò risulta evidente dalle modifiche all’istituto operate dall’art. 101 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

Come statuito dalla sezione, alla luce delle nuove previsioni normative è ora possibile distinguere tra:

“a) soccorso integrativo o completo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d. lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico);

b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall'art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);

c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - abilita la stazione appaltante (o l'ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell'offerta tecnica e/o dell'offerta economica, finalizzati a consentirne l'esatta acquisizione e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque modifica;

d) soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi - rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva - prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di

soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica” (Cons. Stato, V, 4 giugno 2024, n. 4984, che riprende la decisione già citata del 21 agosto 2023, n. 7870).

Nella fattispecie in questione era, dunque, certamente possibile, mediante il soccorso istruttorio, sanare l'irregolarità della dichiarazione dell'aggiudicataria, come in effetti è avvenuto.

Né l'appellante ha rappresentato in alcun modo il mancato possesso in capo alla controinteressata di requisiti generali o speciali di partecipazione in grado di determinare l'esclusione del concorrente e di consentire l'adozione dell'aggiudicazione nei suoi confronti.

Riguardo, invece, alle modalità di esplicazione del soccorso istruttorio nel caso di specie, il Collegio non ravvisa impedimento alla suddetta sanatoria nel fatto che l'istituto sia stato utilizzato, nella sostanza, in seguito all'aggiudicazione della gara e all'impugnazione della stessa da parte del secondo classificato, avendo l'amministrazione posto in essere una sorta di controllo, o meglio, di convalida procedimentale, successivamente all'instaurazione del giudizio di primo grado.

In seguito a tale controllo non è stata rilevata alcuna carenza dei requisiti in via sostanziale.

Del resto, neppure l'appellante deduce alcuna carenza di requisiti in capo alla aggiudicataria, formulando solo carenze formali, dichiarative, che sono state sanate dall'amministrazione con la suddetta convalida procedimentale.

Si assiste, invero, ad un'evoluzione della disciplina in tema di evidenza pubblica sempre più attenta ai profili di sostanza piuttosto che di forma.

Costituisce argomento che avvalora tale evoluzione l'inserimento ad opera del d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 (cosiddetto “correttivo”), nell'art. 99

del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 sulla verifica del possesso dei requisiti, del comma 3-bis, secondo il cui disposto *“In caso di malfunzionamento, anche parziale, del fascicolo virtuale dell'operatore economico o delle piattaforme, banche dati o sistemi di interoperabilità ad esso connessi ai sensi dell'articolo 24, decorsi trenta giorni dalla proposta di aggiudicazione, l'organo competente è autorizzato a disporre comunque l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace, previa acquisizione di un'autocertificazione dell'offerente, resa ai sensi del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, che attesti il possesso dei requisiti e l'assenza delle cause di esclusione che, a causa del predetto malfunzionamento, non è stato possibile verificare entro il suddetto termine con le modalità di cui ai commi 1 e 2. Resta fermo l'obbligo di concludere in un congruo termine le verifiche sul possesso dei requisiti. Qualora, a seguito del controllo, sia accertato l'affidamento a un operatore privo dei requisiti, la stazione appaltante, ferma l'applicabilità delle disposizioni vigenti in tema di esclusione, revoca o annullamento dell'aggiudicazione, di inefficacia o risoluzione del contratto e di responsabilità per false dichiarazioni rese dall'offerente, recede dal contratto, fatto salvo il pagamento del valore delle prestazioni eseguite e il rimborso delle spese eventualmente sostenute per l'esecuzione della parte rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, e procede alle segnalazioni alle competenti autorità”*.

L'ordinamento non esclude, quindi, che la verifica sui requisiti in alcune fattispecie possa avvenire successivamente all'attribuzione dell'efficacia all'aggiudicazione.

Ciò risponde alla logica del principio del risultato, che *“integra i parametri della legittimità dell'azione amministrativa con riguardo ad una categoria che implica verifiche sostanziali e non formali, di effettività del raggiungimento degli obiettivi (di merito e di metodo), oltre che di astratta*

conformità al paradigma normativo” (Cons. Stato, III, 29 dicembre 2023, n. 11322).

La stazione appaltante deve, invero, mirare a raggiungere il risultato dell’aggiudicazione alla migliore offerta nel rispetto non delle sterili prescrizioni formalistiche, bensì delle garanzie sostanziali dei partecipanti alla procedura di evidenza pubblica.

Deve, dunque, condividersi pienamente il ragionamento del giudice di prime cure, secondo cui: *“A tal proposito soccorre la previsione dell’art. 21 octies, comma 2, primo periodo, della legge n. 241/1990. Nel caso di specie si configura infatti un vizio procedimentale che non incide sul contenuto sostanziale del provvedimento; anche a voler disporre l’annullamento dell’aggiudicazione per tale vizio, nel riesercizio del potere l’Amministrazione non potrebbe non adottare un provvedimento avente il medesimo contenuto”*.

Ed invero, alla luce e in ossequio al principio del raggiungimento del risultato, nessuna illegittimità può ravvisarsi nella fattispecie in questione atteso che, seppur in un momento successivo, la dichiarazione è stata resa da parte del revisore e, come appurato dalla stazione appaltante, nessuna causa di esclusione è stata rilevata.

Né l’appellante ha rappresentato la sussistenza di specifiche cause di esclusione o il mancato possesso di requisiti generali o speciali di partecipazione in capo all’aggiudicataria, in grado di determinare l’esclusione della stessa e di consentire l’affidamento della commessa pubblica nei confronti di un soggetto diverso.

Alla luce delle suesposte considerazioni l’appello va respinto e, per l’effetto, a conferma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado.

Sussistono giusti motivi, in relazione alla novità delle questioni trattate, per compensare integralmente fra le parti le spese 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 appellata di reiezione del ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Valerio Perotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Elena Quadri

IL PRESIDENTE
Valerio Perotti

IL SEGRETARIO