

Il soccorso istruttorio processuale ed i limiti imposti dalla discrezionalità amministrativa.

di Stefano Taddeucci

Data di pubblicazione: 30-6-2018

1. In sede processuale, laddove la Stazione appaltante abbia aggiudicato la gara senza aver preventivamente attivato la doverosa procedura del soccorso istruttorio (art. 83 d.lgs. n. 50/2016), il Giudice può operare la verifica volta ad appurare se il vizio in questione sia solo formale (tanto da lasciare impregiudicata l'aggiudicazione definitiva) o, invece, sostanziale (tanto da comportare l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara).

Detta verifica può essere effettuata laddove si tratti di attività vincolata, ovvero quando si tratti di operare un mero accertamento di sussistenza o meno del requisito mancante (casi nei quali il Giudice amministrativo può sostituirsi all'Amministrazione – Stazione Appaltante).

Laddove, invece, tale verifica involga anche valutazioni di carattere tecnico-discrezionale, il Giudice dovrà limitarsi ad annullare l'aggiudicazione e disporre la riedizione della gara.

In ogni caso, è onere della parte dimostrare che, qualora il soccorso istruttorio fosse stato attivato dalla Stazione appaltante, l'esito della procedura sarebbe stato favorevole, disponendo l'impresa del requisito asseritamente mancante: tale onere, gravante in capo alla parte aggiudicataria, si traduce nel dover produrre in giudizio la documentazione comprovante il possesso dei requisiti mancanti.

Guida alla lettura

I principi affermati dal Consiglio di Stato in merito alla problematica del c.d. "soccorso istruttorio processuale" sono essenzialmente due:

1) quando il soccorso istruttorio ha ad oggetto la dichiarazione dei requisiti di cui all'art. 80 del D.lgs. 50/2016, e tuttavia il bando prevedeva che tale dichiarazione venisse resa entro il termine di scadenza previsto per la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, il soccorso non può essere ammesso in quanto altrimenti si violerebbe il principio della parità di trattamento tra i concorrenti;

2) quando il soccorso istruttorio comporti l'acquisizione di documenti i quali comunque non modificherebbero l'esito del procedimento di aggiudicazione, il Giudice può disporre che l'acquisizione abbia luogo direttamente in sede giudiziale. Invece, quando il soccorso istruttorio comporti da parte della PA valutazioni tecnico – discrezionali sui documenti da acquisire, il Giudice non può sostituirsi alla PA, disponendo che il soccorso abbia luogo in sede giudiziale e valutando egli stesso l'idoneità di tali documenti ai fini dell'aggiudicazione: in un caso del genere, egli potrà soltanto annullare l'aggiudicazione, rimettendo tutti gli atti alla stazione appaltante, in modo che sia questa a valutare gli esiti del soccorso, e che la

stessa, sulla base di tali esiti, adottati la decisione in merito all'aggiudicazione.

L'art. 83 comma 9 del D.lgs. 50/2016 stabilisce 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. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.”*

Pertanto, è essenzialmente sulla base di tale norma che occorre approfondire le tematiche sopra elencate.

In merito al punto 1):

L'art. 83 comma 9 ammette il soccorso istruttorio ai fini della produzione dei documenti contenenti i requisiti indicati nel DGUE (Documento di Gara Unico Europeo), ossia quelli relativi alle eventuali condanne penali - di cui all'art. 80 comma 1 lettere a) – g) - riportate dai rappresentanti della società.

Ci si chiede se tale norma possa applicarsi anche nel caso in cui il bando abbia espressamente previsto, a pena di esclusione, che la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di cui all'art. 80 venisse depositata entro il termine di scadenza previsto per la domanda di partecipazione.

Il Consiglio di Stato ritiene che debbano prevalere le prescrizioni del bando, e che quindi il soccorso istruttorio non sia possibile: ciò in ossequio al principio di parità di trattamento tra i concorrenti, ovvero a tutela di tutti coloro che hanno puntualmente trasmesso la dichiarazione sul possesso dei requisiti entro il termine stabilito dalla *lexspecialis*.

Tale assunto, per quanto fondato sull'esigenza di rispettare uno dei principali criteri delle procedure di affidamento (appunto: la *par condicio*), appare tuttavia essere caratterizzato da una concezione un po' troppo formalistica dell'onere documentale.

L'autodichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 80 è finalizzata a consentire alla PA di poter procedere – mediante le richieste di certificazione da indirizzare agli Enti (Agenzia delle Entrate, Procura della Repubblica, INPS, Ispettorato del Lavoro ed altri) preposti al rilascio delle relative attestazioni – alla verifica della veridicità di quanto dichiarato.

Questa attività di verifica, peraltro, ha sì come scopo quello di escludere dalla procedura il soggetto nei cui confronti sia stata accertata, a seguito delle suddette attestazioni, la falsità di quanto autodichiarato (art. 80 comma 5 lett. g), ma ha soprattutto come scopo quello di evitare che l'appalto venga affidato a soggetti non in regola con gli obblighi di legge (condanne

penali, amministrative e civili), e ciò proprio per tutelare coloro i quali, invece, risultano essere pienamente regolari rispetto a tali obblighi, ossia proprio a tutela della *par condicio* tra concorrenti.

Tale verifica – dal momento che è finalizzata a garantire, sotto il profilo ora evidenziato, la legittimità della procedura

– è direttamente collegata all’obbligo costituzionale del buon andamento dell’azione amministrativa:

quest’ultimo, infatti, non può non trovare una delle sue principali espressioni proprio nella necessità di garantire che la PA stipuli i contratti di appalto soltanto ed esclusivamente con soggetti in regola rispetto agli obblighi di comportamento previsti dalle disposizioni di legge, evitando quindi di arricchire (con denaro pubblico) coloro i quali, invece, tali obblighi hanno gravemente violato.

Pertanto, la suddetta verifica, traendo la sua origine da un obbligo costituzionale, rappresenta per la stazione appaltante un adempimento inderogabile, e, in quanto tale, non può certamente rimanere subordinata alla presentazione o meno entro i termini, da parte del concorrente, dell’autocertificazione dei requisiti.

La verifica dei requisiti di cui all’art. 80 costituisce, quindi, un “atto dovuto”, e perciò stesso prescinde dalla preventiva (tempestiva) acquisizione dell’autodichiarazione dell’interessato.

Con tale affermazione, naturalmente, non si vuole negare la rilevanza dell’art. 80 comma 5 lett. g), il quale contempla una specifica causa di esclusione derivante dal fatto che il concorrente ha presentato una dichiarazione dai falsi contenuti, e quindi non si intende negare la rilevanza dell’adempimento documentale relativo alla presentazione, entro i termini previsti, dell’autocertificazione.

Si vuole, però, evidenziare come la stazione appaltante debba considerarsi vincolata a garantire la legittimità della procedura, e quindi ad avviare le verifiche dei requisiti di cui all’art. 80, anche laddove l’autodichiarazione non sia stata presentata entro i termini. Potrebbe accadere che un soggetto non abbia tempestivamente adempiuto a tale onere documentale e che tuttavia sia in regola con i requisiti, così come potrebbe capitare che un soggetto, il quale ha diligentemente presentato l’autodichiarazione entro il termine, si scopra in realtà essere sprovvisto dei medesimi: in tal caso, mentre nei confronti del primo si nega il soccorso istruttorio e quindi la partecipazione alla procedura, a favore del secondo si dispone l’aggiudicazione e poi magari si scopre che questi, già al tempo dell’aggiudicazione, non risultava possedere i requisiti (art. 108 comma 1 lett. c), malgrado avesse trasmesso la dichiarazione. In questo modo, si preclude ad un soggetto (nei cui confronti la stazione appaltante avrebbe potuto anche accertare, nonostante il mancato deposito dell’autodichiarazione entro i termini, il pieno possesso dei requisiti) la partecipazione e quindi potenzialmente anche l’aggiudicazione, mentre si aggiudica l’appalto (o comunque si consente la partecipazione) ad un altro soggetto, irreprensibile sotto il profilo dell’assolvimento degli oneri documentali ma in realtà autore dei reati di cui all’art. 80 comma 1.

L'assunto del Consiglio di Stato – secondo cui la mancata presentazione, entro i termini, della dichiarazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 80, non è sanabile con il soccorso istruttorio pena la violazione della *par condicio* – sembra non tenere conto di ciò: è proprio a tutela della *par condicio* che il soccorso istruttorio dovrebbe essere ammesso in tali casi, in quanto quelli che sono i contenuti della dichiarazione costituiscono oggetto di un'attività di verifica che, derivando direttamente da un obbligo costituzionale (art. 97 Cost), la PA deve comunque avviare di ufficio.

Sostenere che la verifica dei requisiti di cui all'art. 80 debba comunque essere effettuata dalla stazione appaltante, e che quindi la mancata presentazione dell'autodichiarazione entro i termini debba essere sanata con il soccorso istruttorio, sembra possibile anche in base all'art. 80 comma 6, a norma del quale *“Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5”*.

La norma non specifica quali possano essere gli *“atti ... omessi... nel corso della procedura”*, ossia se con tale espressione si intendano soltanto i reati (ovvero le cause di esclusione) oppure anche l'inadempimento agli obblighi di allegazione documentale.

Pertanto, nel silenzio della norma, quando si parla di *“atti”*, ci si potrebbe riferire anche all'autodichiarazione dei requisiti ex art. 80, la quale potrebbe essere stata *“omessa”* (ossia non presentata) nel corso della procedura, senza tuttavia che tale *“omissione”* impedisca alla stazione appaltante di accertare autonomamente il non possesso dei requisiti e quindi di escludere il concorrente in qualunque fase della procedura. Se la stazione appaltante può verificare i requisiti, ai fini della esclusione, nonostante che il concorrente abbia omesso di dichiararne il possesso, allora la mancata presentazione della dichiarazione entro il termine di scadenza della domanda non può essere causa di esclusione, ma dovrà essere necessariamente sanabile con il soccorso istruttorio.

Un cenno a parte merita l'altro aspetto affrontato dalla sentenza in commento, ma comunque sempre rientrante nell'ambito della mancata allegazione dei documenti, ossia se il soccorso istruttorio possa essere ammesso quando il concorrente non abbia allegato alla domanda la dichiarazione di impegno a corrispondere alla stazione appaltante un acconto in caso di aggiudicazione.

L'espressione *“acconto in caso di aggiudicazione”* richiama l'istituto della cauzione definitiva, disciplinata dall'art. 103 del D.lgs. 50/2016, la quale tutela la stazione appaltante dal rischio della mancata esecuzione del contratto.

Il comma 3 dell'art. 103 stabilisce che *“La mancata costituzione della garanzia di cui al comma 1 determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria”*.

Anzitutto ci si deve chiedere se sia legittimo prevedere nel bando di gara che il concorrente (il

quale non è ancora aggiudicatario) debba impegnarsi a versare una certa somma per tutelare la PA dal rischio della mancata esecuzione del contratto (nel caso in cui egli dovesse risultare aggiudicatario). Apparentemente, una simile clausola sembrerebbe legittima dal punto di vista della economicità del procedimento: siccome potrebbe accadere che il concorrente, una volta designato quale aggiudicatario, abbia difficoltà a versare l'importo della cauzione definitiva nei tempi previsti, gli si impone, fin dal tempo della domanda, di impegnarsi a depositare un acconto, di modo che tale rischio diminuisca (il concorrente, avendo sottoscritto un impegno in tal senso, si sentirà vincolato a rispettarlo).

Il problema è: può la mancata presentazione di tale dichiarazione di impegno essere sufficiente a legittimare un provvedimento di esclusione?

Il Consiglio di Stato afferma di sì, sostenendo che ciò corrisponde ad una manifestazione di volontà resa tardivamente, ovvero oltre il termine previsto per la domanda, e *“pertanto al di fuori del perimetro del c.d. soccorso istruttorio”*.

Tuttavia, anche in questo caso – così come in quello sopra affrontato, riguardante la mancata presentazione dell'autodichiarazione dei requisiti – potrebbe assistersi ad una situazione di questo tipo:

un soggetto presenta la dichiarazione di impegno a versare un acconto in caso di aggiudicazione, e quindi viene ammesso a partecipare, diviene aggiudicatario e però poi non provvede al versamento; di contro, un soggetto non ha presentato tale dichiarazione e pertanto viene escluso, ma in realtà la PA avrebbe potuto verificare la sussistenza di idonee referenze bancarie e finanziarie, e quindi ne avrebbe potuto desumere la futura solvibilità del medesimo

in ordine al pagamento dell'acconto, ammettendolo quindi ugualmente a partecipare e ponendolo nella condizione (teorica ma possibile) di diventare egli stesso aggiudicatario.

La dichiarazione di impegno a versare un acconto in caso di eventuale aggiudicazione non garantisce, di per sé sola, che l'interesse della stazione appaltante all'incameramento della somma sarà effettivamente soddisfatto: l'assolvimento dell'onere documentale non assicura la concretezza dell'adempimento che con la dichiarazione ci si è assunti.

Pertanto, negare il soccorso istruttorio per l'omessa presentazione di una dichiarazione di questo tipo viola i principi di proporzionalità e non discriminazione previsti dall'art. 30 comma 1 del D.lgs. 50/2016, i quali esigerebbero che un soggetto non venga escluso solo per non essersi formalmente impegnato ad adempiere ad un'obbligazione pecuniaria (peraltro solo ipotetica ed eventuale, visto l'esito incerto della procedura) nei confronti della stazione appaltante (proporzionalità) e che la solvibilità del concorrente venisse valutata in concreto, ossia al momento dell'aggiudicazione, e non in astratto, ossia al momento della domanda (negando il soccorso istruttorio al concorrente che non ha presentato la dichiarazione di impegno ma di cui può essere già adesso accertata la solvibilità, lo si discrimina rispetto a chi ha adempiuto all'onere documentale ma versa in condizioni di solvibilità precarie che fanno presagire un suo inadempimento nel caso in cui dovesse divenire aggiudicatario).

In merito al punto 2):

Il Consiglio di Stato afferma quanto segue:

quando la Società aggiudicataria non abbia prodotto dei documenti che, se fossero stati presentati insieme all'offerta, avrebbero potuto determinare valutazioni tecnico – discrezionali diverse da quelle poste a base della determina di aggiudicazione, e quindi in teoria avrebbero potuto condurre all'aggiudicazione in favore di un altro concorrente, e tuttavia debba comunque essere riconosciuto all'aggiudicatario il diritto di depositare *ex post* tali documenti (in quanto suscettibili di soccorso istruttorio), allora il Giudice deve annullare l'aggiudicazione e rimettere tutti gli atti alla stazione appaltante, la quale, a seguito della produzione di tale documentazione mancante, adotterà una nuova determina di aggiudicazione (la quale potrebbe essere confermativa di quella precedente oppure totalmente diversa da quest'ultima).

Nel caso di specie l'aggiudicazione era stata disposta in favore del RTI "Electric Impianti System s.r.l.", ma le altre due Società partecipanti avevano proposto ricorso al TAR, sostenendo che l'aggiudicataria non avesse depositato i documenti comprovanti i requisiti di capacità tecnica e finanziaria previsti dal bando, ed il TAR aveva accolto il ricorso.

Il Consiglio di Stato, invece, evidenzia che la Società aggiudicataria – seppur non aveva prodotto tutta la documentazione completa – aveva comunque depositato un fascicolo dal quale si evinceva che la stessa risultava comunque possedere i suddetti requisiti, anche perché taluni documenti – che il TAR aveva erroneamente considerato essenziali (possesso della qualificazione SOA) – in realtà erano contemplati dal bando non come esclusivi ma solo come alternativi rispetto ad altri.

Il Consiglio stesso, dopo aver accertato che la Società aggiudicataria era stata sostanzialmente in regola con gli oneri di allegazione documentale stabiliti dal bando, giunge tuttavia alla conclusione che l'aggiudicazione deve comunque essere annullata, in modo da consentire: all'aggiudicataria stessa di esibire i documenti mancanti, ed alla stazione appaltante di valutare, nel merito, tali documenti e di adottare, in conseguenza di tale valutazione, le decisioni ritenute più opportune.

Ora, il principio affermato dal Consiglio di Stato è essenzialmente condivisibile, in quanto quelle che sono le valutazioni tecnico – discrezionali della PA non possono essere sostituite dall'apprezzamento giurisdizionale.

Ciò che, tuttavia, stupisce della sentenza in commento è la contraddittorietà tra le premesse e la decisione:

infatti, il Consiglio dapprima sottolinea che i documenti presentati dalla Società aggiudicataria dovevano considerarsi semplicemente incompleti, e non come totalmente mancanti; poi però ammette che, ove la stessa Società, attraverso il soccorso istruttorio, integri la documentazione, la stazione appaltante potrebbe, nell'esercizio della propria autonomia discrezionale, valutare tale integrazione documentale come idonea a fondare una diversa

decisione di aggiudicazione, e quindi stabilisce di annullare la precedente determina di aggiudicazione, rimettendo tutti gli atti alla stazione appaltante affinché quest'ultima consenta alla Società aggiudicataria di depositare, appunto, i documenti mancanti.

Una pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione avrebbe dovuto essere fondata, in maniera coerente, sull'accertamento della effettiva mancata trasmissione, da parte dell'aggiudicataria, di documenti in assenza dei quali certamente l'appalto non avrebbe dovuto essere affidato a quest'ultima. E' solo in questo caso che si sarebbe potuto dichiarare illegittima l'aggiudicazione disposta a favore dell'appellante (RTI), in quanto appunto decisa a favore di un soggetto totalmente inadempiente all'onere di allegazione documentale previsto dalla lex specialis.

Se, invece, si afferma che l'aggiudicataria ha sostanzialmente adempiuto – sia pur non in maniera pienamente conforme a quanto richiesto dal bando – al suddetto onere, ciò sottintende che la originaria determina di aggiudicazione sia stata adottata in modo legittimo, in quanto la stazione appaltante, evidentemente, aveva non soltanto ritenuto ampiamente sufficiente la dichiarazione prodotta ma aveva altresì valutato (perché era già da allora nelle condizioni di poterlo fare!) il contenuto della medesima come sostanzialmente comprovante il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria.

L'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione sarebbe stato giustificato solo nel caso in cui il Consiglio avesse ritenuto che l'aggiudicataria aveva radicalmente omissso di depositare documenti di rilevanza tale da poter orientare la stazione appaltante ad affidare l'appalto ad un altro soggetto. Il Consiglio, invece, afferma espressamente quanto segue: *“Nel caso di specie, ritiene il Collegio che non si fosse in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti, ma al più di dichiarazioni incomplete, per tali astrattamente suscettibili di soccorso istruttorio”*.

E' vero che, ai sensi dell'art. 83 comma 9 del D.lgs. 50/2016, il soccorso istruttorio è previsto anche per sopperire alla incompletezza – e non soltanto alla totale mancanza – di elementi essenziali: ma se nelle premesse è stato accertato che alcuni documenti presentati dalla Società aggiudicataria dovevano considerarsi equipollenti a quelli non prodotti, in quanto il bando prevedeva la alternatività tra vari tipi di documentazione (vedi qualificazione SOA), allora non si può poi affermare che, con la produzione del documento mancante, l'esito dell'aggiudicazione avrebbe potuto essere teoricamente diverso, e quindi annullare l'aggiudicazione rimettendo il tutto alla stazione appaltante.

Viste le premesse in fatto contenute nella sentenza in commento, la conclusione più coerente avrebbe dovuto essere non l'annullamento dell'aggiudicazione bensì l'accoglimento del ricorso proposto dall'aggiudicataria appellante.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 300 del 2018, proposto da:
Electric Impianti System s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo Rti con MR "Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvio Garofalo, con domicilio eletto presso il suo studio in Avellino, via Tagliamento, 50;

contro

Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Montemarano, Castelvete sul Calore e Paternopoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nonché società I.T. (Impianti Tecnologici) dell'Ing. Astengo, non costituiti in giudizio;
Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Eduardo Chiacchio, Francesca Fatima Coretta e Luigi Chieffo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Napoli, Centro Direzionale Is. A7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I n. 01606/2017, resa tra le parti, concernente concessione del servizio di illuminazione votiva, comprensiva della progettazione definitiva ed esecutiva dei lavori di adeguamento funzionale e completamento dell'impianto elettrico nel cimitero di Castelvete sul Calore.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Silvio Garofalo, Eduardo Chiacchio, Francesca Fatima Coretta e Luigi Chieffo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Risulta dagli atti che in data 15 dicembre 2016 la Centrale Unica di Committenza (Comune di

Montemarano Capofila) indicava una gara per la concessione del “*servizio di illuminazione votiva, comprensiva di progettazione definitiva, progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento funzionale e completamento dell'impianto elettrico nel cimitero di Castelvetero sul Calore*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016.

Entro la scadenza del termine fissato dalla *lexspecialis* di gara pervenivano alla stazione appaltante tre offerte, presentate da I.T. (Impianti Tecnologici) dell’Ing. Astengo s.r.l.; AtiElectric Impianti System s.r.l. / M.R. “Impianti Elettrici, Elettronici e Automazioni”, nonché Costruzioni Roberto&Reppucci s.r.l.

Con verbale di gara n. 1 del 9 marzo 2017 venivano ammesse alla fase successiva della gara l’AtiElectric Impianti System / M.R. e la Roberto&Reppucci s.r.l., mentre alla I.T. dell’Ing. Astengo veniva applicato il soccorso istruttorio; quindi, nella seduta del 27 marzo 2017, valutata la completezza della documentazione trasmessa, anche la I.T. veniva ammessa a proseguire la gara.

Nella medesima seduta (come da verbale n. 3), la Commissione procedeva all’apertura dei plichi contenenti l’offerta tecnica per la sola verifica ed elencazione della documentazione, mentre nella seduta del 31 marzo 2017 procedeva all’esame dell’offerta tecnica (verbale n. 4).

Nella seduta del 6 aprile 2017 la Commissione, procedendo nella valutazione dell’offerta tecnica, attribuiva i singoli punteggi alle ditte partecipanti (verbale n. 5) ed infine, nella seduta del 4 maggio 2017 (verbale n. 6), dopo aver valutato la congruità delle offerte ai sensi dell’art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, proponeva l’aggiudicazione della gara in favore dell’AtiElectric Impianti System / M.R. In graduatoria risultavano collocate rispettivamente al secondo ed al terzo posto la I.T. dell’Ing. Astengo e la Roberto&Reppucci s.r.l.

Con determinazione n. 69 del 30 maggio 2017, pubblicata il 5 giugno 2017, la stazione appaltante prendeva atto dei verbali di gara ed approvava la proposta di aggiudicazione così come formulata.

Infine, con nota n. 2536 del 5 giugno 2017, il responsabile del procedimento comunicava a mezzo Pec l’aggiudicazione definitiva.

Avverso tale provvedimento e quelli ad esso presupposti, la Roberto&Reppucci s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, deducendone l’illegittimità.

Con il primo motivo di gravame, in particolare, chiedeva venisse dichiarata la nullità della procedura di gara innanzitutto per non essere la Commissione giudicatrice composta da “*esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto dell’appalto*” come previsto dall’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016; inoltre non vi sarebbe riscontro dell’iscrizione dei membri della Commissione nell’Albo nazionale obbligatorio istituito presso l’ANAC, ai sensi del successivo art. 78, d.lgs. n. 50 del 2016.

Con il secondo e terzo motivo, invece, la ricorrente si doleva invece della mancata esclusione delle prime due concorrenti, ritenendo: A) illegittimamente esperita la procedura del soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, in ordine a dichiarazioni mancanti nelle rispettive offerte; B) non dimostrato, da parte dell'Ati aggiudicataria, il possesso dei requisiti di partecipazione previsti dagli artt. III.2.2 e III.2.3 del bando di gara (deducendo altresì il difetto di istruttoria, da parte della stazione appaltante, in relazione alla verifica del possesso dei requisiti stessi).

Con un quarto motivo di gravame, infine, la ricorrente censurava l'incompletezza dell'offerta tecnica dell'Ati aggiudicataria.

Costituitesi in giudizio, sia la stazione appaltante che le imprese controinteressate eccepivano l'infondatezza del ricorso, chiedendo che fosse respinto.

Con sentenza 14 novembre 2017, n. 1606, il Tribunale amministrativo della Campania, dopo aver dato preliminarmente atto della corretta composizione della Commissione di gara, accoglieva comunque, nel merito, il gravame.

Avverso tale decisione la società Electric Impianti System s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) in primo luogo, la sentenza di primo grado avrebbe dovuto essere censurata nella parte in cui disattendeva l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, quanto all'impugnativa della ammissione alla gara di entrambi gli altri partecipanti alla gara, per difetto di prova dell'avvenuta pubblicazione sul profilo del committente ex art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016.

2) La sentenza appellata avrebbe altresì dovuto essere censurata nella parte in cui, in accoglimento del secondo motivo del ricorso di prime cure, pronunciava l'illegittimità del soccorso istruttorio operato dalla Commissione giudicatrice in favore della seconda classificata società IT dell'ing. Astengo (non costituita nel giudizio di primo grado), in ordine alla dichiarazione del direttore tecnico delle condanne penali riportate ex art. 80 d.lgs. 50 del 2016 ed alla dichiarazione di impegno a corrispondere alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la somma di euro 15.000.

3) La sentenza di primo grado doveva inoltre considerarsi erronea nella parte in cui, accogliendo il terzo motivo del ricorso di prime cure, riteneva che l'odierna appellante non possedesse i requisiti di partecipazione di cui ai punti III.2.2 ("*capacità economica e finanziaria*") e III.2.3 ("*capacità tecnica*") prescritti dal bando di gara, in ordine alla mandante impresa individuale MR "Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele", e che comunque non avrebbe potuto avvalersi del soccorso istruttorio processuale, dal momento che si sarebbe limitata a depositare un mero e generico elenco di contratti senza indicazione della durata e del prezzo del servizio reso.

4) Infine, la sentenza appellata avrebbe dovuto essere censurata nella parte in cui, in accoglimento del quarto motivo del ricorso di prime cure, aveva ritenuto che l'Ati odierna appellante andasse esclusa per aver presentato il progetto tecnico definitivo di un manufatto di

contenimento del quadro elettrico principale in calcestruzzo ed acciaio di notevoli dimensioni senza il corredo dei calcoli strutturali e delle relazioni normativamente prescritte ai sensi dell'art. 24 e segg. D.P.R. n. 207 del 2010.

Si costituiva in giudizio la controinteressata Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l., eccependo l'inammissibilità del gravame per difetto di specificità dei motivi d'appello ex art. 101 Cod. proc. amm. e, comunque, l'infondatezza, conseguentemente chiedendone la reiezione.

Con ordinanza 23 febbraio 2018, n. 854, la V Sezione del Consiglio di Stato respingeva l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive e, all'udienza del 26 aprile 2018, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata nella parte in cui ha disatteso l'eccezione di tardività – a suo tempo formulata dall'appellante – del ricorso di primo grado, quanto all'impugnativa della ammissione alla gara di entrambi gli altri concorrenti, per difetto di prova dell'avvenuta pubblicazione sul profilo del committente ex art. 29 d.lgs n. 50 del 2016.

Invero, dal momento che il legale rappresentante della ricorrente Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l. era presente alle prime due sedute della Commissione giudicatrice, nel corso delle quali era stata deliberata l'ammissione alla gara della Aticontrointeressata ed il soccorso istruttorio per la società I.T. dell'Ing. Astengo, nonché l'ammissione alla gara anche di quest'ultima, avendo la stessa adempiuto agli obblighi di cui al soccorso istruttorio, ritiene l'appellante che il termine di proposizione del ricorso ex art. 120 comma 2-*bis* Cod. proc. amm. debba esser fatto decorrere dalla piena conoscenza del provvedimento di ammissione degli altri partecipanti alla gara, e dalla percezione della sua immediata lesività, anche qualora trattasi di ammissione intervenuta a seguito di soccorso istruttorio, prescindendosi dalla pubblicazione *on line* sul profilo del committente del verbale di gara, con conseguente tardività di quello su cui si verte.

Il motivo non è fondato: invero, deve ragionevolmente ritenersi, secondo l'*id quod plerumque accidit* – né, del resto, l'appellante ha fornito alcuna dimostrazione di segno opposto – che tale presenza possa al più determinare la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all'esito di successive indagini, ma non anche la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni.

Per l'effetto, in difetto di una precisa dimostrazione in tal senso da parte di chi abbia interesse a sostenere tale tesi, deve in linea di principio escludersi che dalla mera partecipazione alle sedute della Commissione di gara dei rispettivi rappresentanti o incaricati possa automaticamente presumersi la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell'immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara, in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

Del resto, nel caso di mancata pubblicazione dell'ammissione o esclusione di un partecipante, l'eventuale presenza *"di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell'impresa interessata"* (Cons. Stato, III, 8 febbraio 2018, n. 1765), essendo il linea di principio il termine per la proposizione del ricorso ex art. 120 comma 2-bis Cod. proc. amm. riferito alla data di pubblicazione dei verbali di ammissione e esclusione sul profilo del committente.

La ragione di ciò è stata del resto ben evidenziata dalla giurisprudenza, in quanto *"l'onere di impugnazione dell'altrui ammissione senza attendere la conclusione della gara, prevista dal comma 2 bis dell'art. 120 cpa è ragionevolmente subordinata alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l'impresa sarebbe costretta a produrre un ricorso al buio"* (Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565).

Con il secondo motivo di appello viene invece dedotta l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui, in accoglimento del secondo motivo del ricorso introduttivo, dichiara l'illegittimità del soccorso istruttorio operato dalla Commissione giudicatrice in favore della seconda classificata (società IT dell'ing. Astengo), non costituita nel giudizio di primo grado, in ordine alla dichiarazione del direttore tecnico delle condanne penali riportate ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 ed alla dichiarazione di impegno a corrispondere alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la somma di € 15.000,00.

Ad avviso dell'appellante, infatti, il soccorso istruttorio in favore della ditta poi risultata seconda graduata sarebbe stato pienamente legittimo, in quanto conforme al disposto dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016: da un lato, infatti, la dichiarazione delle condanne penali riportate ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 da parte del direttore tecnico della società IT dell'ing. Astengo avrebbe dato contezza del possesso sostanziale del requisito al momento della partecipazione della medesima società IT alla gara, laddove – dall'altro – la dichiarazione di impegno a corrispondere alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la somma di € 15.000,00 non potrebbe ritenersi tardiva, non trattandosi di un requisito di partecipazione ma, piuttosto, di un presupposto per l'aggiudicazione definitiva della gara.

Anche questo motivo non risulta fondato, nei termini di seguito precisati: ritiene infatti il Collegio di dover confermare l'orientamento espresso dal proprio precedente (richiamato nella sentenza appellata) n. 1641 del 29 aprile 2016, sia pur riferito al previgente *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163 del 2006) ma espressivo di principi applicabili anche alla luce della normativa sopravvenuta, a mente del quale l'esclusione di un'impresa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per mancata allegazione della dichiarazione attestante l'assenza di procedimenti o condanne penali a carico del direttore tecnico, prevista dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 80 comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016) è del tutto legittima, né può essere evitata con la produzione della documentazione in un momento successivo (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, n. 42-2013).

Alla luce del richiamato precedente, infatti, *"il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza [...] obbligano l'Amministrazione ad escludere un operatore che non abbia comunicato un documento o un'informazione la cui produzione era prevista"*

dalla lexspecialis a pena di esclusione, e non vi è possibilità, contrariamente a quanto afferma l'appellante, d'invocare il soccorso istruttorio né il c.d. falso innocuo (Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014 n. 6336)".

In termini, anche Cons. Stato, V, 28 dicembre 2016, n. 5488; V, 12 ottobre 2016, n. 4219; V, 15 luglio 2016, n. 3153; V, 21 luglio 2015, n. 3605; III, 24 novembre 2016, n. 4930; IV, 15 settembre 2015, n. 4315.

Per quanto poi concerne, in particolare, la mancata allegazione dell'impegno a corrispondere alla stazione appaltante l'acconto in caso di aggiudicazione, appare convincente l'interpretazione fornita dal primo giudice, secondo cui non potrebbe parlarsi di *"un requisito in tesi posseduto ancorché non tempestivamente dichiarato, bensì di una manifestazione di volontà che – decorso il termine di presentazione dell'istanza di partecipazione – si rivela definitivamente tardiva"*, pertanto al di fuori del perimetro del cd. soccorso istruttorio.

Con il terzo motivo di appello vengono invece contestate sia la ritenuta mancanza, in capo alla MR "Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele", mandante del Rti odierno appellante, dei requisiti di partecipazione di cui ai punti III.2.2 e III.2.3 del bando di gara (relativi, rispettivamente, alla *"capacità economico-finanziaria"* ed alla *"capacità tecnica"* delle imprese offerenti), sia la decisione del primo giudice secondo cui, al fine di consentire al Rti la dimostrazione di quanto sopra, non si sarebbe comunque potuti ricorrere al cd. soccorso istruttorio processuale, dal momento l'allora resistente si sarebbe limitata a depositare *"un mero e generico elenco di contratti senza indicazione di durata e senza indicazione del prezzo del servizio reso"*.

Nella specie, la dimostrazione del requisito della capacità economica e finanziaria in capo alla mandante MR "Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele" sarebbe stata data depositando l'intera contabilità per gli anni dal 2013 al 2015, come del resto riconosciuto dalla stessa controinteressata Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l. (a pag. 10, righe 13 e 14 del ricorso introduttivo); la capacità tecnica, a sua volta, sarebbe stata dimostrata depositando un elenco di contratti di manutenzione e gestione di impianti pubblici di illuminazione o illuminazione votiva con indicazione degli enti concedenti, come prescritto dal disciplinare di gara, p.to 1.2.2, lettera C.

Del resto, prosegue l'appellante, *"lo stesso capo III.2.3, rubricato capacità tecnica, prescrive, ai soli fini della realizzazione dei lavori, alternativamente, l'esecuzione di lavori o di opere assimilabili alla categoria OG10 per l'importo complessivo di € 130.000,00 negli ultimi tre anni oppure la attestazione SOA per la categoria OG10 classifica I, che è posseduta dalla mandataria dell'ATI, la società Electric Impianti System srl, come ammette e riconosce la stessa società Reppucci, odierna appellata, alla pagina 10, rigo 10, del ricorso di prime cure, sicché la ATI nulla doveva produrre sul punto in relazione alla impresa individuale MR Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele"*.

Il ogni caso, il deposito della contabilità relativa agli anni dal 2013 al 2015 dell'impresa individuale MR "Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele" da parte dell'appellante avrebbe consentito di dimostrare anche l'esecuzione di lavori e/o opere

assimilabili alla categoria OG10 per l'importo dalla *lexspecialis* di gara.

A fronte di ciò, conclude l'appellante, ben avrebbe dovuto il primo giudice consentire all'Ati resistente, già aggiudicataria della gara, di dimostrare in giudizio il possesso dei requisiti richiesti dalla *lexspecialis*, a fronte delle contestazioni di parte ricorrente.

Ciò, a maggior ragione, a fronte della circostanza per cui la ricorrente Roberto & Reppucci – in origine terza classificata – non aveva dedotto alcuna diversa attribuzione di punteggi tra le imprese partecipanti alla gara sufficientemente motivata.

Il motivo è fondato, nei termini di seguito riportati.

Deve farsi applicazione, nel presente caso, dei principi generali già espressi nel precedente di Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975, a mente del quale in sede processuale, laddove la stazione appaltante abbia aggiudicato la gara senza aver preventivamente attivato la doverosa procedura del soccorso istruttorio, il giudice può operare la verifica volta ad appurare se il vizio in questione sia solo formale (tanto da lasciare impregiudicata l'aggiudicazione definitiva) o, invece, sostanziale (tanto da comportare l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara).

Detta verifica può essere effettuata laddove si tratti di attività vincolata, ovvero quando si tratti di operare un mero accertamento di sussistenza o meno del requisito mancante (casi nei quali il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione).

Laddove, invece, tale verifica involga anche valutazioni di carattere tecnico-discrezionale, il giudice dovrà limitarsi ad annullare l'aggiudicazione e disporre la riedizione della gara.

In ogni caso, è onere della parte dimostrare che, qualora il soccorso istruttorio fosse stato attivato dalla stazione appaltante, l'esito della procedura sarebbe stato favorevole, disponendo l'impresa del requisito asseritamente mancante: tale onere, gravante in capo alla parte aggiudicataria, si traduce nel dover produrre in giudizio la documentazione comprovante il possesso dei requisiti mancanti.

Nel caso di specie, ritiene il Collegio che non si fosse in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti, ma al più di dichiarazioni incomplete, per tali astrattamente suscettibili di soccorso istruttorio.

La sentenza impugnata contesta al Rti odierno appellante di essersi a suo tempo limitato a produrre, unitamente alla domanda di partecipazione alla procedura di gara, "un mero elenco di contratti (rispettivamente, in numero di 3 e 2) di "illuminazione votiva" e "manutenzione impianti pubblica illuminazione", e di enti concedenti (tra i quali la stessa Electric Impianti System), dal quale non risultano il periodo di riferimento e la durata, i lavori svolti e il servizio in concreto prestato, il valore"; per quanto riguarda, in particolare, il possesso della qualificazione Soa per la categoria OG10 da parte della Electric Impianti System, il primo giudice rileva come la stessa avrebbe depositato "solo nel corso del processo - invocando all'occorrenza l'istituto del soccorso istruttorio processuale (pag. 7, memoria del 29 settembre 2017) - le determinazioni del Comune di Castelvetero sul Calore nn. 61,122 e 180/2015,

ciascuna per un impegno di euro 2.500, 2.250 e 2.250, per l'affidamento alla M.R. Impianti Elettrici del servizio di manutenzione degli impianti comunali di pubblica illuminazione, e le fatture della stessa M.R. relative agli esercizi 2013-2015'.

A fronte del mancato rispetto di una rilevantissima parte delle prescrizioni della *lexspecialis* di gara non potrebbe quindi trovare applicazione l'istituto del soccorso istruttorio processuale, pena il venir meno della stessa *par condicio* tra i concorrenti e la serietà degli impegni assunti dagli stessi.

Al riguardo, quanto ai requisiti di capacità tecnica, va però rilevato come l'art. I.2.2. lett. C) del disciplinare di gara prevedesse solamente il deposito di un *"Elenco di lavori e/o gestioni di impianti di pubblica illuminazione e/o illuminazione votiva di cui l'impresa è stata titolare negli ultimi tre esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, con indicazione degli Enti concedenti"*, oppure – in alternativa – la *"Attestazione SOA per la categoria OG10 classifica I"*, nonché un *"Elenco contratti di gestione di impianti di pubblica illuminazione e/o illuminazione votiva di cui l'impresa è stata titolare negli ultimi tre esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, con indicazione degli Enti concedenti"*.

Non appare quindi corretta la censura secondo cui la produzione dell'Ati aggiudicataria sarebbe stata insufficiente a soddisfare le condizioni del bando di gara, riducendosi ad un mero elenco di contratti dai quali *"non risultano il periodo di riferimento e la durata, i lavori svolti e il servizio in concreto prestato, il valore"*, atteso che tali ultime precisazioni, a rigore, non erano richieste dalla *lexspecialis*, ma solo l'indicazione degli enti concedenti.

Neppure persuade la difesa dell'odierna appellata, secondo cui – essendo l'aggiudicataria un'Ati orizzontale – anche la società mandante avrebbe dovuto possedere i medesimi requisiti di partecipazione di cui all'art. III.2.3 del bando di gara (previsti a pena di esclusione) della mandataria, tra cui l'attestazione Soa per la categoria OG10, quest'ultima però non desumibile né dal contenuto delle determinazioni del Comune di Castelvetere sul Calore nn. 61, 122 e 180 del 2015 (prodotte in corso di causa, ai fini del soccorso istruttorio), riguardanti l'affidamento alla MR *"Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele"* del servizio di manutenzione degli impianti comunali di pubblica illuminazione, né dalle fatture della stessa MR relative agli esercizi 2013-2015.

Va in primo luogo rilevato, al riguardo, che il possesso della qualificazione Soa era un requisito non obbligatorio, bensì alternativo allo svolgimento, per almeno dodici mesi, del *"servizio di manutenzione e gestione di impianti pubblici di illuminazione o illuminazione votiva. Per le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale e per i consorzi il requisito deve essere posseduto dalla mandataria o da impresa consorziata nella misura minima del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento"*.

L'attestazione Soa, neppur contestata dalla ricorrente in primo grado nei riguardi della mandataria, avrebbe per contro dovuto essere considerata dal primo giudice ad ulteriore comprova della capacità tecnica di questa, in relazione ai lavori oggetto di gara, stante la

previsione della *lexspecialis*.

Per la mandante MR *“Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele”*, la capacità tecnica avrebbe invece potuto trovare riscontro, come da indicazione del capitolato di gara (cui rinviava la previsione del bando), con la produzione di un unico elenco di lavori e dei contratti di gestione prodotto unitamente all’offerta.

Dunque, alla luce delle prescrizioni della *lexspecialis* di gara, il Rti odierno appellante risulta aver fornito perlomeno un oggettivo principio di prova circa il possesso del requisito della capacità tecnica (di cui al richiamato punto III.2.3 del bando), avendo la società mandataria depositato sia l’elenco dei contratti di gestione di impianti di pubblica illuminazione ed illuminazione votiva di cui era stata titolare nei tre esercizi finanziari precedenti la gara, sia l’attestazione Soa per la categoria OG10 classifica 1, quest’ultima comunque sufficiente; l’impresa individuale MR *“Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele”* – mandante – a sua volta risulta aver prodotto (con unico documento) sia l’elenco dei contratti di gestione di impianti di pubblica illuminazione ed illuminazione votiva di cui era stata titolare nei tre esercizi finanziari precedenti la gara, sia l’elenco dei lavori relativi ad impianti di pubblica illuminazione ed illuminazione votiva eseguiti nel medesimo periodo.

Anche per quanto concerne il requisito della capacità economico-finanziaria il Rti appellante risulta aver fornito perlomeno un principio di prova, per entrambe le imprese partecipanti al Rti, alla luce di quanto al riguardo previsto dall’art. III.2.2 del bando: *“Essere in possesso dei requisiti di cui all’art. 83 comma 4 del Dlgs 50/2016 e, quindi, aver ottenuto un fatturato minimo annuo di impresa, riferito alla media degli ultimi tre esercizi finanziari, non inferiore a € 130.000,00. Per le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale e per i consorzi il requisito deve essere posseduto dalla mandataria o da impresa consorziata nella misura minima del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all’intero raggruppamento. Si rinvia al disciplinare”*.

Quest’ultimo, a sua volta, all’art. I.2.2, lett. B) richiedeva *“Copia dei bilanci degli ultimi 3 esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, con allegata attestazione di certificazione relativa ai bilanci chiusi in data antecedente al 1° gennaio 2015 da cui risulti un fatturato complessivo medio annuo non inferiore ad € 130.000,00 (Euro centotrentamila/00)”*.

Risulta infatti dagli atti che il Rti odierno appellante aveva depositato, ai fini della partecipazione alla gara, i bilanci della mandataria Electric Impianti System s.r.l. relativamente agli ultimi tre esercizi finanziari antecedenti la procedura concorrenziale, laddove la mandante – impresa individuale MR *“Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele”*, avvalendosi del regime di contabilità semplificata, aveva depositato tutte le fatture degli ultimi tre esercizi finanziari relativi al medesimo periodo. Risulta parimenti che il requisito della capacità finanziaria non è stato neppure oggetto di contestazione da parte della ricorrente Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l., nel precedente grado di giudizio.

Alla luce di quanto sopra, ritiene il Collegio che sussistano i presupposti – di cui al richiamato

precedente – per disporsi il cd. soccorso istruttorio processuale, dovendo peraltro essere rinviato alla stazione appaltante l'assolvimento dei relativi incombeni.

In effetti, nel caso di specie la valutazione delle risultanze della documentazione prodotta dall'appellante nel corso del precedente grado di giudizio non può dirsi vincolata, involgendo profili di discrezionalità tecnica che sfuggono al sindacato del giudice amministrativo.

Infine, con il quarto motivo di gravame la sentenza appellata viene censurata nella parte in cui, in accoglimento del quarto motivo del ricorso di prime cure, dichiara che l'Ati odierna appellante andava comunque esclusa per avere presentato il progetto tecnico definitivo di un manufatto di contenimento del quadro elettrico principale in calcestruzzo ed acciaio di notevoli dimensioni, senza però allegarvi i calcoli strutturali e le relazioni prescritte ai sensi degli artt. 24ss. d.P.R. n. 207 del 2010.

Ad avviso dell'appellante, la sentenza non terrebbe in conto il fatto che, avuto riguardo all'oggetto della procedura di gara, la realizzazione in cemento armato del manufatto di contenimento del quadro elettrico principale non era richiesta a pena di esclusione e neppure costituiva requisito di partecipazione alla gara; piuttosto, il mancato deposito dei calcoli strutturali e del progetto di un gabbiotto per il quadro elettrico all'ufficio del Genio civile avrebbe al più potuto incidere sulla valutazione del punteggio attribuibile ad ogni singolo concorrente.

Il motivo è fondato.

Invero, non risulta dagli atti di causa che la *lexspecialis* di gara prevedesse necessariamente la realizzazione di un manufatto in cemento armato – *a fortiori*, l'appellata Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l. avrebbe ipotizzato di realizzare una struttura in legno prefabbricato – di talché l'eventuale adeguatezza della documentazione allegata al relativo progetto – questione, peraltro, coinvolgente aspetti di discrezionalità amministrativa – non avrebbe potuto automaticamente tradursi in una causa di esclusione dalla gara, per di più senza che la stazione appaltante avesse preventivamente verificato la sussistenza o meno delle condizioni per un eventuale soccorso istruttorio.

Alla luce di quanto precede, l'appello va dunque parzialmente accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'appellante Electric Impianti System s.r.l. nonché dei precedenti atti di gara, sino alla fase di valutazione delle offerte, affinché la stazione appaltante possa disporre il soccorso istruttorio nei confronti dell'offerta del Rti appellante e successivamente valutarne gli esiti, con ogni conseguente determinazione di sua spettanza quanto al prosieguo della gara.

Ritiene inoltre il Collegio che la novità e complessità delle questioni esaminate giustifichi l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, parzialmente lo accoglie, nei termini di cui in motivazione.

Conseguentemente, in parziale riforma dell'appellata sentenza, dispone l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva in favore della società Electric Impianti System s.r.l. nonché dei presupposti atti di gara sino alla fase di valutazione delle offerte, affinché la stazione appaltante possa disporre il soccorso istruttorio nei confronti del Rti appellante, con ogni successiva determinazione di sua competenza in merito agli esiti della gara.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

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