

APPALTI: Pubblica amministrazione - P.A. - Contratti della P.A. - Soccorso istruttorio - Limiti.

Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8148

- in *Il Foro amm.*, 12, 2021, pag. 1839

“[...] non può ammettersi il soccorso istruttorio in sede di comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, laddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una sostanziale rimessione in termini [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Valentino Giuseppe S.r.l., di Impregiva S.r.l., di Ies S.r.l., di Invitalia - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.A. e del Ministero per i Beni e Le Attività Culturali e per il Turismo;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza discussione, presentate dagli avvocati Della Corte, Ruggiero, Ferrari, Papponetti e Migliarotti;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. (Invitalia) - nella qualità di Centrale di Committenza per l'aggiudicazione dell'appalto per conto della Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze - ha indetto procedura di gara aperta per l'affidamento dei *“lavori per il recupero e il restauro del complesso architettonico ex caserma Curtatone e montanara per deposito librario della Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze”*, con importo a base d'asta di € 16.381.925,79, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il disciplinare di gara prevede espressamente che *“Trattasi di un appalto misto di lavori e forniture”*.

Le prestazioni oggetto dell'appalto sono suddivise in:

- lavorazioni di cui alle categorie OG 2, OG 11, OS 21 e OS 2-A, per complessivi € 15.785.262,57;
- forniture per € 596.663,23.

La lex specialis di gara, nel valorizzare appositamente la componente “forniture”, richiede il possesso del seguente requisito: *“a pena di esclusione, ai sensi dell’art. 83, co. 6, del codice dei contratti ... (di) aver regolarmente eseguito, negli anni 2016-2017-2018, uno o più contratti aventi ad oggetto forniture analoghe a quelle del presente affidamento (intendendosi per forniture analoghe le forniture e pose in opera di arredi similari a quelli oggetto dell’appalto) per un importo totale pari ad almeno € 600.000,00 I.V.A. esclusa”*; precisando che *“Si è ritenuto opportuno fissare, quale requisito di capacità economica e finanziaria, il fatturato minimo annuo relativo al triennio precedente, ai sensi dell’articolo 83, co.5, del Codice dei Contratti, al fine di selezionare profili aziendali dotati di capacità economico-finanziaria proporzionata al valore complessivo importo a base di gara tale da garantirne la capacità produttiva, nonché le capacità tecniche per assicurare un adeguato livello qualitativo delle forniture richieste”*.

Riferisce l’appellante di avere partecipato alla gara collocandosi (in raggruppamento) al secondo posto.

Con istanza di accesso, il raggruppamento appellante ha richiesto copia dell’intera documentazione (amministrativa, tecnica ed economica) prodotta dal RTI aggiudicatario, nonché della documentazione afferente il procedimento di verifica del possesso dei requisiti, dallo stesso dichiarati in sede di gara.

Afferma di aver riscontrato il mancato possesso da parte del RTI appellato del summenzionato requisito di partecipazione, e di aver rappresentato la circostanza alla Stazione appaltante, con atto stragiudiziale del 4 giugno 2020.

Non avendo ricevuto alcun riscontro, ha proposto ricorso innanzi al TAR Toscana censurando l’illegittimità dell’operato della Stazione appaltante contestando il mancato possesso, da parte della Valentino Giuseppe S.r.l.:

- a) del requisito di idoneità professionale di cui all’art. 83, comma 1, lett. a), d.lgs. 50/2016, e dunque dell’iscrizione alla CCIAA coerente con le prestazioni oggetto dell’affidamento pubblico, con particolare riguardo alla componente forniture;
- b) del requisito di partecipazione di cui al punto 12.2.2 del Disciplinare di gara, ovvero l’esecuzione, negli anni 2016-2017-2018, di uno o più contratti aventi ad oggetto forniture analoghe a quella in affidamento, per un importo totale pari ad almeno € 600.000,00 I.V.A. esclusa, risultando insufficiente la fornitura dalla stessa eseguita presso il Comune di Teggiano.

Il raggruppamento appellante ha poi proposto motivi aggiunti, ulteriormente censurando l’operato della Stazione appaltante per aver consentito al RTI aggiudicatario l’integrazione postuma dello

specifico requisito dichiarato e speso in sede di partecipazione, peraltro, in violazione del termine perentorio all'uopo assegnato ai fini della comprova.

Sono poi state rimarcate plurime criticità della documentazione prodotta dalla Valentino Giuseppe S.r.l. con riguardo alle commesse private.

Nelle more della pendenza del giudizio di primo grado, il RUP ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione.

Anche tale provvedimento è stato impugnato con motivi aggiunti, per illegittimità derivata.

La Minerva Restauri S.r.l. ha anche attivato procedura di accesso alla documentazione amministrativa presso gli uffici dell'Agenzia delle Entrate, al fine di verificare se le tre commesse con soggetti privati trovassero riscontro nella documentazione fiscale della Valentino Giuseppe S.r.l. e dei committenti.

Il Giudice di prime cure, con ordinanza n. 1403 del 12.11.2020, ha disposto l'acquisizione agli atti del giudizio della seguente documentazione:

- *“Studio CapitelliMauroVilone & Partners in Napoli e Impregiva s.r.l. in Casoria: la documentazione bancaria comprovante i pagamenti effettuati in favore della Valentino Giuseppe s.r.l. a fronte delle fatture emesse e quietanzate da quest'ultima nell'anno 2017;*

- *controinteressata Valentino Giuseppe s.r.l.: i Registri IVA degli anni 2016 e 2017 e la documentazione bancaria comprovante gli accrediti degli importi di cui alle fatture sopracitate”.*

Tanto la Valentino Giuseppe S.r.l. e la Impregiva S.r.l., quanto lo Studio CapitelliMauroVilone & Partners, in esecuzione della ordinanza, hanno depositato documentazione comprovante le commesse oggetto di verifica.

Il Giudice di prime cure ha quindi respinto il ricorso.

Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Minerva Restauri S.r.l. in proprio e in qualità di Mandataria di costituendo Rti ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di tre articolati motivi, rubricati:

1) *“error in iudicando - violazione degli artt. 28, co.1 e 83, co.1, lett.a), d.lgs. n.50/2016 - violazione della lex specialis di gara - violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica (par condicio competitorum) – erronea motivazione - errata ponderazione della fattispecie concreta”;*

2) *“error in iudicando - violazione e falsa applicazione di legge (artt.28 e 83, d.lgs.50/2016) - violazione degli artt.3 e 97 cost. - violazione della lex specialis di gara (punto 12.2.2 del disciplinare di gara) - violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza*

pubblica (par condicio competitorum) - erronea motivazione - errata ponderazione della fattispecie concreta”;

3) *“error in procedendo et iudicando - violazione e falsa applicazione di legge (Art.34, co.2, c.p.a. - Art.115 c.p.c. - Art.80, co.5, lett. C-bis) e lett. F-bis) - violazione degli artt. 3 e 97 cost. - violazione della lex specialis di gara - violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica (par condicio competitorum) - erronea motivazione - errata ponderazione della fattispecie concreta”.*

Hanno resistito al gravame il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, Invitalia - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.A. e la Valentino Giuseppe s.r.l. chiedendone il rigetto.

La controinteressata Valentino Giuseppe s.r.l., nel costituirsi in giudizio ha riproposto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., il ricorso incidentale dichiarato improcedibile in primo grado.

Alla udienza pubblica del 21 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di gravame le appellanti hanno dedotto in sintesi quanto segue.

1.1. Il TAR ha, innanzitutto, respinto il primo motivo del ricorso introduttivo - col quale si è contestato il mancato possesso da parte della Valentino Giuseppe S.r.l. (e più in generale dell'intero RTI aggiudicatario) del requisito di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett.a), d.lgs. 50/2016, e dunque dell'iscrizione alla CCIAA coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico, con riguardo alla componente forniture - con la seguente argomentazione:

“Il primo motivo del ricorso principale deve essere respinto poiché la controinteressata risulta iscritta alla C.C.I.A.A. con un oggetto sociale comprendente, tra l'altro, la “fornitura ed installazione di manufatti in metallo, legno, materie plastiche, materiali lapidei, materiali vetrosi”, prestazione che tra l'altro costituiva oggetto solamente secondario del contratto da affidare con la gara di cui si discute”.

L'appalto è stato suddiviso in prestazioni di lavori e di forniture; con la conseguenza che il concorrente deve essere iscritto alla CCIAA per attività riconducibili non solo ai lavori, ma anche alle specifiche forniture richieste. Nel caso di specie, le aggiudicatarie difettano, in assoluto, di tale requisito, essendo le stesse tutte operanti esclusivamente nel settore degli appalti di lavori, le cui attività ed oggetti sociali non contemplano, in alcun modo il settore delle “forniture” e, tantomeno, quelle oggetto dell'appalto.

2. Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.

2.1. Col secondo motivo del ricorso introduttivo si è censurato l'operato della Stazione appaltante per non aver escluso il RTI aggiudicatario in ragione del mancato possesso, da parte di quest'ultimo, del requisito di partecipazione di cui al punto 12.2.2 del Disciplinare di gara, ovvero: *“aver regolarmente eseguito, negli anni 2016-2017-2018, uno o più contratti aventi ad oggetto forniture analoghe a quelle del presente affidamento ... per un importo totale pari ad almeno € 600.000,00 I.V.A. esclusa”*, avendo lo stesso espressamente “speso” in sede di gara la sola fornitura eseguita in favore del Comune di Teggiano, dall'importo insufficiente.

A seguito dell'avvenuta conoscenza (in prossimità della trattazione della domanda cautelare) della documentazione afferente il procedimento di comprova dei requisiti, con il primo ricorso per motivi aggiunti si è censurato l'operato della Stazione appaltante per aver consentito un'integrazione postuma della documentazione prodotta dal RTI controinteressato in sede di comprova del requisito di fatturato dichiarato e “speso” in sede di gara, per di più in violazione del termine perentorio all'uopo fissato. Ambedue le censure sono state rigettate dal primo Giudice, che:

- per un verso, ha ritenuto che *“... La controinteressata ha ... dichiarato di possedere integralmente il requisito richiesto dalla legge di gara e non di volersi avvalere, ai fini della partecipazione, unicamente della commessa svolta a favore dell'Amministrazione comunale citata, come ritiene il ricorrente, mentre l'allegazione della relativa documentazione è un quid pluris non richiesto dalla lex specialis per l'ammissione alla gara e non può essere presa in considerazione nel senso ritenuto dal ricorrente stesso”*;

- per altro verso, ha ritenuto che il termine di dieci giorni assegnato con la prima richiesta di comprova dei requisiti del 28.5.2020 non fosse perentorio, diversamente da quello assegnato con la successiva richiesta del 15.6.2020.

2.2. La circostanza che il RTI aggiudicatario abbia, in sede di partecipazione, inteso spendere la sola fornitura eseguita in favore del Comune di Teggiano, si ricava non solo dalla documentazione della detta commessa, allegata alla relativa dichiarazione, quanto anche e soprattutto dalla inequivoca risposta del medesimo raggruppamento a fronte dell'originaria richiesta di comprova dei requisiti del 28.5.2020: *“L'ATI in sede di gara ha comunicato e trasmesso atti pubblici ... inerenti la commessa pubblica eseguita con il Comune di Teggiano ... Con la presente, l'ati RICONFERMA che quanto dichiarato in sede di gara corrisponde e soddisfa in pieno il requisito richiesto nel disciplinare di gara nonché nella pec del 28.5.2020 inviata dal RUP”*.

Ad una tale risposta, secondo l'appellante, non poteva che conseguire l'esclusione dalla gara; ed invece, la Stazione appaltante ha ritenuto di richiedere la produzione di “ulteriori certificati” che potessero soddisfare il requisito.

Prosegue l'appellante affermando che l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante non può essere superato dalla ritenuta non perentorietà del termine assegnato dalla stessa con la prima richiesta, come invece sostenuto dal Giudice di prime cure.

L'appellante conclude nel senso che non è dato comprendere perché mai il primo Giudice non riconosca la perentorietà del termine contemplato dalla detta richiesta, a fronte dell'incontrovertibile espressione utilizzata *“entro e non oltre dieci giorni”*.

3. Con il terzo motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.

3.1. Il giudizio di primo grado si è incentrato sulla disamina della documentazione prodotta dal RTI aggiudicatario a fronte della (illegittima) seconda richiesta rivolta dalla Stazione appaltante.

3.2. Il RTI aggiudicatario, resosi conto - solo a seguito di tale ultima richiesta - dell'insufficienza della commessa eseguita in favore del Comune di Teggiano, si è attivato per produrre ulteriore documentazione atta a soddisfare il requisito; documentazione che, afferma l'appellante, ha destato perplessità circa la sua genuinità.

3.3. Il primo Giudice ha ritenuto, alla luce del recente insegnamento di cui all'Adunanza Plenaria n. 16/2020, che la stessa andasse ricondotta non già all'ipotesi di cui all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), d.lgs. 50/2016, ma a quella di cui alla precedente lett. c-bis).

3.4. Ad avviso dell'appellante, non è condivisibile l'idea di ricondurre all'ipotesi di cui alla citata lettera c-bis) una fattispecie di assoluta gravità, quale quella in esame, connotata - per quanto emerso - da una evidente ed incontrovertibile condotta dolosa posta in essere dalla Valentino Giuseppe S.r.l., per l'accertata obiettiva falsità della documentazione prodotta, quantomeno con riguardo alla commessa con Tecno Lift S.r.l.

3.4. Il primo Giudice - nel fondare la propria decisione sulla richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16/2020 - finisce col porsi in evidente antitesi con la stessa, lì dove ritiene di potersi sostituire alla Stazione appaltante nell'esaminare le conseguenze correlate all'accertato falso, senza che ciò comporti - a suo dire - *“alcuna sovrapposizione a poteri amministrativi non ancora esercitati”*.

3.5. L'appellante rimarca poi l'erroneità dell'argomentazione del primo Giudice, secondo cui *“... sommando gli importi delle forniture che la controinteressata ha dichiarato e dimostrato di avere eseguito, rispettivamente a favore di Impregiva s.r.l. (per l'importo di € 84.000,00) e a favore dello Studio CapitelliMauroVilone & Partners (per l'importo € 77.425,00) con quelle a favore del Comune di Teggiano (per l'importo di € 444.076,76) ne risulta un importo di forniture pregresse effettuate dalla controinteressata pari a € 605.501,76 e quindi, superiore al minimo di € 600.000,00 richiesto per partecipare alla procedura di gara in discussione”*.

Sul punto, secondo l'appellante è erronea la sentenza per omessa pronuncia sul motivo di ricorso afferente la commessa eseguita nei confronti del Comune di Teggiano, di cui lo stesso primo Giudice dà atto, rappresentando che le ricorrenti lamentano che “... *la fornitura eseguita in favore del Comune di Teggiano presenta criticità poiché parte degli arredi oggetto di essa sarebbe inconferente rispetto al requisito richiesto dalla lex specialis nella procedura di cui si tratta, poiché riguarderebbe per circa € 25.000,00*”.

3.6. In disparte ogni argomentazione in ordine alle residue “commesse private” - decurtando dal richiamato fatturato di € 444.076,76 della commessa di Teggiano il suddetto importo, il RTI aggiudicatario non raggiungerebbe, comunque, l'importo di € 600.000,00 richiesto dalla lex specialis di gara, risultando ben al di sotto di una tale soglia.

3.7. Prosegue l'appellante affermando che occorre anche incentrare l'attenzione sulle articolate doglianze formulate in primo grado con riguardo alle ulteriori due commesse private che la società appellata ha sostenuto di aver eseguito nell'anno 2017 (con lo Studio CapitelliMauroVilone & Partners e con la stessa mandante Impregiva S.r.l.), e sulla non condivisibile statuizione di rigetto del Giudice di prime cure.

4. Sintetizzate le argomentazioni contenute nei tre motivi dell'atto di appello, va ricordato, come anticipato nella esposizione in fatto, che la controinteressata Valentino Giuseppe s.r.l., nel costituirsi in giudizio ha riproposto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., il ricorso incidentale dichiarato improcedibile in primo grado.

4.1. Secondo l'appellante incidentale, il Raggruppamento appellante in via principale non poteva essere utilmente collocato al secondo posto della graduatoria di gara, poiché non ha rispettato le prescrizioni della lex specialis in merito al costo della mano d'opera e, pertanto, per aver indicato costi della mano d'opera inferiori agli inderogabili minimi tabellari.

4.2. L'Ati Minerva, nella propria offerta economica, ha indicato un costo del personale pari a euro 4.317.777,87 desumendolo da diversi listini della mano d'opera allegati alla relazione prodotta a corredo dell'offerta. Dalla lettura di tale ultimo documento è emerso che l'importo indicato nell'offerta economica è stato desunto dalla tabella prezzi del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per la Regione Campania relativa al periodo Maggio – Giugno e Luglio 2018 protocollata in uscita al n. 21728 del 20/07/2018.

Tuttavia, nel periodo intercorrente tra la data di pubblicazione del bando (19/12/2019) ed il termine di scadenza per la presentazione delle offerte (4/2/2020) era vigente la diversa tabella del medesimo Ente relativa al periodo settembre ottobre 2019 protocollata in uscita al n. 30350 del 19/12/2019.

Conseguentemente l'ATI Minerva non ha rispettato le previsioni della lex specialis laddove non ha utilizzato le corrette tabelle di riferimento.

4.3. Le tabelle della mano d'opera prodotte dall'appellante, oltre ad essere incoerenti sotto il profilo temporale, recano costi inferiori a quelli che, invece dovevano essere presi in considerazione per il calcolo della mano d'opera. Inoltre, sempre dalla lettura della relazione sul costo della mano d'opera, emerge anche l'utilizzo di una tabella relativa al personale con qualifica agricoli/florovivaisti.

Anche tale tabella non è pertinente poiché nell'appalto oggetto del presente giudizio non vi sono lavorazioni che rientrano nella categoria del verde (OS24).

4.4. In definitiva, il RTI Minerva avrebbe violato la lex specialis di gara che imponeva ai concorrenti di indicare il costo del personale riferendosi ad uno specifico arco temporale che va dal 19/12/2019 al 4/2/2020.

4.5. L'Ati Minerva ha commesso il medesimo errore della stazione appaltante allorché ha suddiviso l'incidenza della mano d'opera per ciascuna categoria di lavoro. Minerva non ha calcolato alcun costo della mano d'opera essendosi limitata a mutuare quello stimato dalla stazione appaltante (non più congruo perché risalente al 2018) ed allegando tabelle non più attuali che lo potessero giustificare.

4.6. Minerva quindi non ha rispettato le prescrizioni del disciplinare di gara che imponevano l'utilizzo di tabelle riferite all'arco temporale che va dalla pubblicazione del bando alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

5. Così sintetizzati i motivi dei contrapposti appelli, devono essere esaminate prioritariamente le censure contenute nell'appello incidentale.

5.1. Intanto, va ricordato che l'indicazione nell'offerta del costo della manodopera (così come degli oneri per la sicurezza aziendale) svolge una duplice funzione:

a) per l'eventuale giudizio di anomalia (che ha come unico scopo la verifica della congruità dell'importo indicato dall'offerente come costo del personale, da effettuare ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d), del codice dei contratti, e con i limiti posti dal comma 6 della medesima disposizione);

b) prima ancora, in sede di predisposizione dell'offerta economica, al fine di formulare un'offerta consapevole e completa (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 25 marzo 2021, n. 2534).

L'eventuale erronea indicazione del costo della manodopera, in ogni caso, non può comportare l'esclusione dell'offerta, qualora lo stesso non risulti inferiore ai trattamenti salariali minimi (Consiglio di Stato sez. V, 26 febbraio 2021, n. 1637).

5.2. Nessuna esclusione poteva essere disposta dalla stazione appaltante che:

a) non era tenuta a svolgere alcuna verifica sui costi della manodopera indicati nella offerta economica formulata dal raggruppamento appellante in via principale, che si è collocato al secondo posto in graduatoria;

b) non era tenuta a procedere ad alcun giudizio di anomalia dell'offerta; come si legge nel verbale di gara n. 6 *“A seguito della lettura dei punteggi attribuiti a ciascun operatore economico, la Commissione dà atto che nessuna offerta è risultata anomala ai sensi dell'articolo 97, co. 3 del D.lgs. 50/2016”*.

5.3. L'appello incidentale è pertanto infondato.

6. E' invece fondato l'appello principale.

6.1. Il nodo centrale della controversia all'esame del Collegio si rinviene nel secondo motivo di appello che è fondato.

6.2. La conclusione del giudice di prime cure, laddove ha rigettato il secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio e il primo ricorso per motivi aggiunti non può essere condivisa da questo Collegio.

6.3. In sede di partecipazione alla gara il raggruppamento poi dichiarato aggiudicatario, in ordine al requisito di partecipazione di cui al punto 12.2.2 del Disciplinare, ne ha dichiarato il possesso.

6.4. Il richiamato punto 12.2.2 del Disciplinare di gara richiedeva l'*“aver regolarmente eseguito, negli anni 2016-2017-2018, uno o più contratti aventi ad oggetto forniture analoghe a quelle del presente affidamento (...)per un importo totale pari ad almeno €.600.000,00 I.V.A. esclusa”*.

6.5. Il contratto con il Comune di Teggiano, reso a comprova del requisito, aveva ad oggetto una fornitura pari ad € 444.076,76.

6.6. Il RUP ha consentito al raggruppamento appellato di produrre *“... ulteriori certificati relativi a contratti eseguiti negli anni 2016-2017-2018, aventi ad oggetto forniture analoghe a quelle oggetto del presente affidamento ... al fine di poter soddisfare il requisito richiesto dalla lex specialis, a pena di esclusione, per un importo pari ad almeno € 600.000,00 IVA esclusa”*.

6.7. E' stata quindi prodotta nuova documentazione costituita da ulteriori tre appalti stipulati con soggetti privati, eseguiti negli anni 2016 e 2017.

6.8. Ma tale integrazione postuma del requisito di partecipazione non è ammissibile. Un requisito richiesto dal disciplinare a pena d'esclusione dell'intera offerta, in quanto definito dall'amministrazione come requisito tecnico minimo o essenziale, deve ritenersi necessario per l'ammissione dell'offerta alla procedura di gara e non può, quindi, essere integrato successivamente all'aggiudicazione.

Tale procedimento di integrazione postuma, così strutturato, finisce per consentire al concorrente la dimostrazione di un requisito in violazione del principio di “par condicio” dei concorrenti.

6.9. Questa Sezione ha avuto modo di affermare che in sede di verifica del possesso dei titoli successivamente all'avvenuta aggiudicazione, non può escludersi il soccorso istruttorio nel caso in cui, dichiarato il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, il concorrente produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione. Conseguentemente ben è dato alla stazione appaltante assegnare al concorrente “un termine non superiore a 10 giorni” per regolarizzare le dichiarazioni incomplete o la documentazione carente. Non è invece consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità (Consiglio di Stato sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1540).

D'altro canto, non può ammettersi il soccorso istruttorio in sede di comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, laddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una sostanziale rimessione in termini (Consiglio di Stato sez. V, 9 luglio 2019, n. 4787).

Coglie nel segno l'appellante laddove afferma (pagina 19 dell'atto di appello) che il RTI aggiudicatario ha, in sede di partecipazione, inteso precipuamente spendere la sola fornitura eseguita in favore del Comune di Teggiano. La circostanza, in effetti, si ricava dalla documentazione allegata alla relativa dichiarazione e dalla risposta all'originaria richiesta di comprova dei requisiti del 28.5.2020.

6.10. Il motivo di appello è pertanto fondato e ne determina l'accoglimento con assorbimento delle ulteriori censure dedotte dal raggruppamento appellante. E' evidente al riguardo che l'accoglimento del motivo finalizzato ad ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario dalla procedura sortisca l'effetto di travolgere tutti gli atti prodotti dalla stessa aggiudicatario ai fini partecipativi, in tal modo esimando il Collegio dall'onere di esaminarne puntualmente la conformità a legge.

7. Valutate le circostanze del caso ai sensi degli articoli 122 e 124 Cod. proc. amm. il Collegio ritiene di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto (che risulta stipulato il 12 novembre 2020 REP. 102) e di disporre il subentro dell'appellante nella posizione contrattuale, salvo ulteriore verifica dei requisiti dichiarati dall'appellante medesimo.

In particolare, ritiene il Collegio che la soluzione in parola sia quella comparativamente più adeguata in considerazione del fatto:

- a) che l'appellante ha nella presente sede di appello riproposto l'istanza di declaratoria di inefficacia e di subentro nel contratto;
- b) che il richiesto subentro non appare una soluzione comparativamente incongrua;
- c) che, in base al documento depositato da Invitalia a corredo della memoria di replica dell'8 ottobre 2021 (relazione sullo stato di avanzamento dei lavori al 28 settembre 2021), lo stato di esecuzione del contratto appare compatibile con il disposto subentro (importo contrattuale netto complessivo € 11.882.719,45 di cui € 11.210.189,03 per lavori, € 423.731,22 per forniture ed € 248.799,20 per costi della sicurezza non soggetti al ribasso; importo lavorazioni eseguite alla data del 28 settembre 2021 € 1.892.744,25).

8. Deve essere a questo punto esaminata la domanda risarcitoria che concerne il danno da mancata aggiudicazione per la parte di lavori che l'appellante non ha potuto eseguire per l'illegittimo affidamento al raggruppamento controinteressato.

8.1. Com'è noto, la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata - secondo le previsioni contenute nelle direttive europee - a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (Consiglio di Stato sez. V, 1° febbraio 2021, n. 912).

8.2. Ciò premesso, va chiarito che in caso di illegittima aggiudicazione di un appalto, il concorrente può ottenere, come in questo caso, a titolo di risarcimento in forma specifica, il subentro nel contratto, senza che la sentenza possa essere integralmente eseguita per essere stato parzialmente eseguito il contratto dall'illegittimo beneficiario; in fattispecie come quella all'esame non si estingue l'obbligazione dell'Amministrazione ma si converte in una diversa, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dalla sentenza, in parziale sostituzione dell'esecuzione in forza specifica (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 26 maggio 2020, n. 3342).

8.3. Per ciò che concerne la quantificazione del danno, la somma da liquidarsi deve essere determinata in una percentuale del mancato utile conseguito dalla ricorrente. E' noto infatti che, in sede di determinazione del quantum risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in primis dall'esibizione dell'offerta economica presentata; tale principio trova, infatti, conferma

nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno subito e provato.

8.4. Sulla base di tutti gli elementi sopra descritti si può statuire mediante ricorso all'art. art. 34, comma 4, c.p.a. stabilendo i criteri che l'Amministrazione dovrà seguire per la determinazione del quantum del risarcimento.

In particolare, la stazione appaltante dovrà:

- attenersi all'offerta economica presentata dalla appellante in sede di gara;
- determinare il margine di guadagno che residua dopo l'applicazione del ribasso indicato in sede di gara;
- il mancato profitto, corrispondente all'utile che l'impresa avrebbe conseguito, deve essere calcolato tenendo conto del corrispettivo che sarebbe stato pagato dalla stazione appaltante in ragione del ribasso offerto dall'appellante;
- tale somma deve essere decurtata di tutte le spese necessarie per l'esecuzione del contratto; nel caso in cui l'ammontare delle spese non sia ricavabile dall'offerta presentata in gara, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di acquisire dalla appellante i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine che sarà assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili;
- la somma così definita deve essere decurtata dell'eventuale aliunde perceptum conseguito dall'impresa nell'esecuzione di altri lavori durante il tempo di svolgimento del contratto di cui è causa; a tal fine l'impresa è tenuta a fornire alla stazione appaltante i dati relativi ai lavori assunti nel periodo di durata del contratto non eseguito (occorre riferirsi al periodo di mancata esecuzione dei lavori a partire dalla data di avvio dei medesimi fino a quella del subentro);
- la somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria e gli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

8.5. Non possono, invece, entrare a far parte delle componenti della somma da risarcire né le spese sostenute per la partecipazione alla procedura concorsuale né il cosiddetto danno curriculare.

8.5.1. Con riferimento alle prime, va ricordato che il danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione ad una gara d'appalto, non è risarcibile, in favore dell'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto. È pacifico che la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo se l'impresa illegittimamente esclusa lamenta questi profili

dell'illegittimità procedimentale, perché in tal caso viene in considerazione soltanto la pretesa risarcitoria del contraente che si duole del fatto di essere stato coinvolto in trattative inutili. Tali danni, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e, solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente. Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 1999).

8.5.2. Nulla spetta a titolo di danno curriculare, per mancanza di prova nel caso, come quello qui all'esame, in cui non venga dimostrato, ed in apice dedotto, che la mancata aggiudicazione ed esecuzione dei lavori oggetto del giudizio ha precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche o quali sarebbero le negative ricadute, in termini di minore redditività, sulla propria immagine commerciale (sulla necessità di dare una prova specifica del danno curriculare si è ormai attestata la giurisprudenza, di cui si richiamano, tra le tante, le seguenti recenti pronunce: Consiglio di Stato sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283, Consiglio di Stato, Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14, Consiglio di Stato, 26 aprile 2018, n. 2527).

9. In conclusione, l'appello va accolto nei sensi e termini di cui in motivazione. Per l'effetto, oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, per quanto di interesse dell'appellante, alla dichiarazione di inefficacia del contratto e al subentro nell'esecuzione dei lavori, va ordinato all'Amministrazione, ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm., di proporre all'appellante il pagamento di una somma, a titolo di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione della procedura in questione, nella percentuale di utile determinato sulla base del ribasso del prezzo offerto dall'impresa in gara secondo i criteri esposti ai punti precedenti.

A questo scopo all'amministrazione soccombente è assegnato il termine di 90 giorni dalla comunicazione in via amministrativa, o se anteriore, notificazione della presente sentenza per formulare all'odierna appellante una proposta contenente la somma liquidata a titolo di risarcimento.

10. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale e accoglie l'appello

principale e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata annulla l'aggiudicazione e gli altri atti impugnati in primo grado, dichiara l'inefficacia del contratto e dispone il subentro dell'appellante nell'esecuzione dei lavori e accoglie la domanda di risarcimento del danno nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna Invitalia - Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.A. e l'impresa controinteressata, in solido, al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del doppio grado di giudizio, complessivamente liquidate in Euro 10.000,00 (diecimila) oltre ad IVA, CPA ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO
