

Il soccorso istruttorio e il tardivo riscontro da parte dell'operatore economico

di Raffaella Alessia Miccoli

Data di pubblicazione: 8-3-2024

In tema di soccorso istruttorio la più recente giurisprudenza di questa sezione (n. 7870 del 2023) ha in particolare evidenziato, almeno con riguardo alle ipotesi contemplate o comunque ricavabili dall'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (vecchio codice dei contratti), "la necessaria distinzione tra:

- a. *soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell'art. 101 d.lgs. n. 36 cit., non difforme dall'art 83, comma 9, che mire, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della cd. 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), semprechè 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 cd. 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 consentire 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 collegato allo stringente vincolo della par conditio) di apportarvi qualunque modifica.*

Dunque si trattava di attività che sono proprie del soccorso istruttorio, sottoposto come tale a termini perentori anche per elementari esigenze di celerità nelle procedure di appalto nel cui contesto ogni possibile ritardo, con riferimento a qualsivoglia passaggio, è idoneo ad arrecare comunque un certo "effetto negativo" (...) e tanto proprio per gli obiettivi di politica economica cui da anni si lega ormai il sistema degli appalti (la normativa eurounitaria evidenzia non a caso il "fine di rendere le procedure più veloci e più efficaci", cfr. considerando 80 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014). Con ciò si vuol dire che la celerità della procedura (oltre naturalmente alla sua certezza) costituisce aspetto ineludibile al

fine di garantire un meccanismo procedurale improntato alla massima efficienza ed efficacia.

Vige un principio di autoresponsabilità e diligenza professionale, in capo ai concorrenti, per cui questi ultimi sono tenuti ad un onere di vigilanza continua circa le informazioni e le comunicazioni rilevanti che possono essere rispettivamente assunte e adottate in corso di gara.

N. 01333/2024REG.PROV.COLL.

N. 07753/2023 REG.RIC.

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 7753 del 2023, proposto da Secap - Società Edile Costruzioni e Appalti Provvisiero s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria costituenda Rti con Rinetti Barbara s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Antonella Borsero, Carlo Merani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Scr – Piemonte s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Franco Coccoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Comune di Rivoli, non costituito in giudizio;

nei confronti

Editel s.p.a. mandataria Ati costituita con Mit s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesca Mastroviti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Peyron, 47;
Mit s.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 677/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di SCR – Piemonte s.p.a. e di Editel s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Floridi in dichiarata delega di Merani, Coccoli e Mastroviti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto per la ristrutturazione e riqualificazione, previa progettazione definitiva ed esecutiva, di una villa storica (Villa Melano) sita nel territorio del Comune di Rivoli (TO). Importo a base d'asta: oltre 8 milioni 330 mila euro. Metodo di aggiudicazione: offerta economicamente vantaggiosa. Modello procedurale: a c.d. "inversione procedimentale" (dunque: prima si valutavano le offerte tecniche ed economiche per poi verificare la documentazione amministrativa ossia il possesso dei relativi requisiti di partecipazione),

La odierna appellante SECAP, che era originariamente la prima classificata veniva esclusa, al momento del controllo sulla documentazione amministrativa, in quanto non aveva tempestivamente dato riscontro al soccorso istruttorio a suo tempo attivato (25 novembre 2022, richiesta tra l'altro anticipata in pari data con comunicazione tramite piattaforma telematica) per le seguenti ragioni: a) mancata dichiarazione circa assenza di incompatibilità in ordine al progettista (che si era in passato pacificamente occupato del progetto di fattibilità tecnico-economica per conto del Comune); b) mancato deposito delega mandante per il preventivo sopralluogo; c) integrazione del PASSOE con i nomi di tutti i progettisti (onde verificare la bontà delle relative autodichiarazioni); d) conferma circa la volontà di ricorrere al subappalto (data la contraddittorietà di alcune dichiarazioni della mandante stessa); e) chiarire se la giovane professionista del raggruppamento intendesse, o meno, fare ricorso all'avvalimento. Più in particolare, al suddetto soccorso istruttorio del 25 novembre 2022 (il quale indicava un termine perentorio di sette giorni per adempiere alle relative richieste di integrazione e di chiarimento) la odierna appellante SECAP dava riscontro soltanto in data 21 dicembre 2022, ritenendo che alla base di tale ritardo vi fosse un problema di natura informatica.

2. Contro l'esclusione veniva proposto ricorso al Tar Piemonte. Il Tar ha respinto il ricorso per le seguenti ragioni.

2.1. La mancata tempestiva conoscenza dell'atto di soccorso istruttorio, con cui la stazione appaltante (d'ora innanzi anche SA) stabiliva il termine perentorio di sette giorni per rispondere, era dovuta ad un malfunzionamento del sistema informatico di cui la stessa ricorrente era responsabile;

2.2. Il progettista di SECAP aveva intensamente collaborato con il Comune di Rivoli proprio per lo studio di fattibilità del progetto in questione nonché per la progettazione preliminare riguardante altri interventi sulla stessa Villa Melano: di qui l'onere – non altrimenti tempestivamente soddisfatto – di dimostrare l'assenza di un qualsivoglia vantaggio concorrenziale in tal senso;

2.3. Correttamente era stata attivata la procedura di soccorso istruttorio per colmare anche altre lacune o risolvere determinate ambiguità relative al resto della documentazione mancante o incompleta (delega mandante per il preventivo sopralluogo, integrazione del PASSOE con i nomi di tutti i progettisti, conferma circa la volontà di ricorrere al subappalto, ricorso all'avvalimento da parte della giovane professionista del raggruppamento).

3. La sentenza di primo grado ha formato oggetto di appello per erroneità nella parte in cui non sarebbe stato considerato che:

3.1. In luogo del soccorso istruttorio, andavano soltanto chiesti alcuni "chiarimenti", come previsto dall'art. 16 del disciplinare di gara, come tale non soggetto a termini perentori;

3.2. Circa il possibile vantaggio concorrenziale, da ascrivere alla presenza di un progettista che aveva lavorato proprio sullo studio di fattibilità di Villa Melano, la SA non avrebbe indicato "seri e precisi indizi ulteriori" circa la sussistenza effettiva di un simile vantaggio;

3.3. La stazione appaltante non avrebbe sufficientemente valutato la circostanza che la SECAP aveva incolpevolmente subito un "problema informatico", e tanto con particolare riguardo alla mancata ricezione dell'atto di soccorso istruttorio.

4. Si costituivano in giudizio la stazione appaltante (società di committenza regionale ossia SCR Piemonte) e la aggiudicataria EDITEL (originariamente seconda classificata), entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione.

5. Alla pubblica udienza del 18 gennaio 2024, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

6. Tutto ciò premesso l'appello è infondato e deve essere rigettato per le ragioni di seguito riportate.

7. La difesa di parte appellante continua a sostenere che non si doveva in ogni caso ricorrere all'istituto del "soccorso istruttorio" ma, piuttosto, a quello dei più blandi "chiarimenti" (da offrire ossia anche entro un termine non perentorio). Chiarimenti che sarebbero espressamente contemplati dall'art. 16 del disciplinare di gara.

Rammenta il collegio che, con la richiesta di integrazione (soccorso istruttorio) del 25 novembre 2022 si chiedeva alla SECAP di:

“ ... dimostrare che l’esperienza acquisita nell’espletamento degli incarichi di progettazione da parte dello Studio architetto Gianfranco Gritella & Associati (progettista indicato) non è tale da aver determinato un vantaggio che possa aver falsato la concorrenza con gli altri operatori economici partecipanti alla presente procedura;

... integrare l’attestato di presa visione dei luoghi prodotto in sede di gara con la delega della mandante RINETTI Barbara S.r.l., a suo tempo presentata in sede di sopralluogo, in ragione di quanto stabilito al paragrafo 12 del Disciplinare di gara in tema di raggruppamenti temporanei di imprese non ancora costituiti;

... integrare il PASSOE con l’indicazione di tutti i progettisti indicati;

... confermare che la dichiarazione circa la volontà di subappaltare da tenere in considerazione è quella presente nel Modello A (in contrasto a tale dichiarazione la mandante RINETTI Barbara S.r.l. dichiara nel DGUE di non voler subappaltare);

... chiarire se la giovane professionista ARCH. ROBERTA NICOSIA intenda fare ricorso all’istituto dell’avvalimento (nel DGUE dichiara che l’operatore economico fa affidamento sulle capacità di altri soggetti per soddisfare i criteri di selezione della parte IV e rispettare i criteri e le regole (eventuali) della parte V) e in caso di risposta affermativa di integrare la documentazione con quanto necessario sulla base delle prescrizioni del Disciplinare di gara”.

L’invocato art. 16, ultimo paragrafo, del disciplinare di gara prevede dal canto suo che: *“Al di fuori delle ipotesi di cui all’articolo 83, comma 9, del Codice è facoltà dell’Amministrazione aggiudicatrice invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”*.

In tema di soccorso istruttorio la più recente giurisprudenza di questa sezione (n. 7870 del 2023) ha in particolare evidenziato, almeno con riguardo alle ipotesi contemplate o comunque ricavabili dall’art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (vecchio codice dei contratti), *“la necessaria distinzione tra:*

a) soccorso integrativo o completivo (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”.

La stessa difesa di parte appellante afferma che: “In linea generale, il soccorso istruttorio interviene per colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni” (cfr. pag. 8 atto di appello ed anche pag. 2 della memoria in data 2 gennaio 2024).

Ebbene, alla luce di quanto sopra riportato la tesi di parte appellante non può essere condivisa dal momento che nel caso di specie si trattava di:

A. *Colmare lacune documentali* attraverso un soccorso *integrativo* del primo tipo indicato dalla citata giurisprudenza. In tale contesto applicativo rientravano senz'altro:

A1. L'ipotesi della dichiarazione ai sensi dell'art. 24, comma 7, circa la assenza di incompatibilità del progettista indicato, dichiarazione questa essenziale ai fini della aggiudicazione (espressamente vietata in caso di incompatibilità non altrimenti superata attraverso rigorosa dimostrazione del concorrente) e da acquisire ovviamente prima della aggiudicazione definitiva in quanto preordinata a garantire un regolare ed ordinato svolgimento della procedura di gara (la quale deve garantire trasparenza, imparzialità e tutela della concorrenza);

A2. La produzione agli atti di gara della delega della mandante per il sopralluogo, come peraltro espressamente prescritto dall'art. 12 del disciplinare di gara (a norma del quale: “In caso di raggruppamento temporaneo ... non ancora costituiti ... il sopralluogo è effettuato da un rappresentante legale ... di uno degli operatori economici raggruppati ... purché munito della delega di tutti detti operatori”);

A3. La indicazione dei nominativi di tutti gli altri professionisti incaricati all'interno del c.d. PassOE il quale costituisce esclusivamente, e pacificamente, “*strumento di controllo del possesso dei requisiti auto-dichiarati*” (Cons. Stato, sez. V, 21 agosto 2020, n. 5164) e la cui mancanza, se da un lato non costituisce motivo di esclusione, dall'altro lato deve comunque essere colmata dal soggetto concorrente, in ossequio al principio di leale collaborazione, per consentire alla PA le opportune verifiche. Si veda sul punto proprio quanto disposto dall'art. 7.2.1. del disciplinare, a norma del quale: “Il concorrente indica ... il nominativo, la qualifica professionale e gli estremi dell'iscrizione all'Albo dei professionisti incaricati”. E tanto in linea con il consolidato orientamento secondo cui: “*anche il progettista “indicato” debba essere in possesso dei requisiti generali di moralità e di affidabilità e di quelli speciali richiesti dalla legge*”

di gara, pena l'esclusione del concorrente che lo abbia designato" (così. Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2022, n. 9923);

A4. La presentazione di eventuale atto di avvalimento della giovane professionista architetto la cui dichiarazione risultava oltre misura ambigua nella parte in cui si comunicava di fare affidamento sulle «capacità di altri soggetti per soddisfare i criteri di selezione della parte IV e rispettare i criteri e le regole (eventuali) della parte V)». Così necessitando, in caso di conferma di avvalimento, la produzione di apposito relativo atto;

B. Nonché di *rettificare dichiarazioni* che presentavano un certo margine di incertezze ed ambiguità attraverso un soccorso *sanante* del secondo tipo. In tale contesto applicativo rientrava senz'altro l'ipotesi della volontà di ricorrere al subappalto in merito alla quale si erano registrate dichiarazioni di segno opposto ad opera della mandante inclusa nel costituendo raggruppamento di cui SECAP era capofila.

Dunque si trattava di attività che sono proprie del soccorso istruttorio, sottoposto come tale a termini perentori anche per elementari esigenze di celerità nelle procedure di appalto nel cui contesto ogni possibile ritardo, con riferimento a qualsivoglia passaggio, è idoneo ad arrecare comunque un certo "effetto negativo", a differenza di quanto affermato dalla difesa di parte appellante alla pag. 8 dell'atto di appello introduttivo ed alla pag. 2 della memoria in data 2 gennaio 2024, e tanto proprio per gli obiettivi di politica economica cui da anni si lega ormai il sistema degli appalti (la normativa eurounitaria evidenzia non a caso il "*fine di rendere le procedure più veloci e più efficaci*", cfr. considerando 80 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014). Con ciò si vuole dire che la celerità della procedura (oltre naturalmente alla sua certezza) costituisce aspetto ineludibile al fine di garantire un meccanismo procedurale improntato alla massima efficienza ed efficacia.

A ciò si aggiunga che, anche a voler considerare almeno alcune delle richieste formulate come riconducibili all'ipotesi dei "chiarimenti" di cui all'art. 16 del disciplinare di gara (è il caso della giovane professionista architetto la quale doveva chiarire se ricorrere o meno all'avvalimento), ciò nondimeno la parte appellante non avrebbe potuto ritenersi autorizzata ad optare per una più blanda interpretazione circa la tempestività e la puntualità connessa al proprio onere di risposta dal momento che: a) il termine per adempiere, a carico della odierna appellante, era comunque quello di giorni sette a pena di esclusione; b) tale previsione, al di là della distinzione tra atti soggetti a soccorso istruttorio ed atti soggetti a chiarimenti, costituiva comunque una sorta di autovincolo per la PA (e correlativamente un onere per il concorrente); c) tale autovincolo, anche per i meri chiarimenti, era ragionevolmente e proporzionalmente stato fissato allo scopo di non allungare oltremisura la procedura di gara; d) tale termine, per quanto si trattasse di adempimenti non particolarmente onerosi, non è stato in ogni caso rispettato.

Lo stesso ragionamento di cui al periodo che precede automaticamente si estende al tema dei "documenti complementari" di cui all'art. 25 del disciplinare (specificamente invocato dalla difesa di parte appellante per quanto riguarda la delega della mandante ai fini del prescritto sopralluogo). Anche in questa ipotesi, seppur si volesse intendere tale richiesta alla stregua di mero supplemento documentale, la SA aveva fissato un termine comunque perentorio, per

ovvie esigenze di celerità qui peraltro rafforzate dalla presenza di finanziamenti comunitari legati alla realizzazione dell'intervento, termine che nella specie è stato pacificamente obliterato dalla stessa concorrente SECAP.

Sotto ulteriore e ancor più subordinata prospettiva, anche a voler ammettere che per alcuni peculiari profili non potesse essere applicato un simile termine perentorio (il che sarebbe ad ogni buon conto del tutto irrazionale, come visto, trattandosi di pubbliche gare ove la celerità della relativa procedura, soprattutto se in presenza di finanziamenti UE come nella specie, costituisce ineludibile principio guida per le stazioni appaltanti e per i concorrenti) va da sé che per le altre ipotesi integrative sopra partitamente indicate (prima fra tutte quella della dichiarazione di compatibilità del progettista indicato) senz'altro andava applicato il meccanismo del soccorso istruttorio i cui termini sono tuttavia ampiamente scaduti, e tanto con ogni conseguenza in ordine alle successive ricadute in termini di inevitabile esclusione dalla gara.

Per tutte le ragioni sopra evidenziate, il primo motivo di appello deve dunque essere rigettato.

9. Con il secondo motivo di appello si lamenta che la stazione appaltante, con riguardo al possibile vantaggio concorrenziale da ascrivere alla presenza di un progettista che aveva lavorato proprio sullo studio di fattibilità di Villa Melano, non avrebbe ad ogni modo indicato "seri e precisi indizi ulteriori che potessero far presumere una situazione di vantaggio ricoperta dal progettista" (cfr. pag. 17 atto di appello introduttivo).

Osserva il collegio come la assenza di dichiarazione ai sensi dell'art. 24, comma 7, del decreto legislativo n. 50 del 2016, circa la compatibilità del progettista incaricato (che si era occupato del progetto preliminare e definitivo), costituisca dimostrazione posta a carico della impresa concorrente e non della SA (come sostenuto dalla difesa di parte appellante).

La norma prevede infatti che: *"gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti ... per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione"*. Ancora la stessa norma precisa che: *"Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita dell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori"*.

Al riguardo così si è espressa la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato:

- *"La ratio della previsione, da tempo chiarita dalla giurisprudenza, è quella di evitare che nella fase di selezione dell'appaltatore dei lavori sia "attenuata la valenza pubblicistica della progettazione" di opere pubbliche (Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656), e cioè che gli interessi di carattere generale ad essa sottesi possano essere sviati a favore dell'interesse privato di un operatore economico, con la predisposizione di progetto "ritagliato 'su misura' per quest'ultimo, anziché per l'amministrazione aggiudicatrice" (Cons. Stato, V, 9 aprile 2020, n. 2333), e la competizione per aggiudicarsi i lavori risulti falsata - anche alla luce del maggior compendio tecnico-informativo disponibile al progettista - a vantaggio dello stesso operatore (cfr. anche Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5454). Sotto altro profilo, in termini generali, il*

divieto si propone di assicurare le condizioni di indipendenza e imparzialità del progettista rispetto all'esecutore dei lavori, necessarie affinché il primo possa svolgere nell'interesse della stazione appaltante la funzione assegnatagli dall'amministrazione, anche "di ausilio alla P.A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati" (Cons. Stato, n. 3656 del 2012, cit.; n. 2333 del 2020, cit.).

In tale prospettiva, la norma non introduce una causa automatica e insuperabile d'esclusione a carico del progettista coinvolto nella successiva fase esecutiva, bensì - a seguito dei correttivi introdotti in conseguenza della procedura d'infrazione europea Eu Pilot 4860/13/MARKT e della modifica legislativa di cui alla legge n. 161 del 2014, all'epoca intervenuta sul decreto legislativo n. 163 del 2006, con novellazione sostanzialmente corrispondente al testo dell'attuale art. 24, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 - determina un regime di "inversione normativa dell'onere della prova" (Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853).

In particolare "Tale norma pone [...] a carico dell'operatore economico aggiudicatario l'onere di dimostrare che l'esperienza acquisita nell'espletamento dell'incarico di progettazione non abbia determinato un vantaggio tale da falsare la concorrenza con gli altri operatori in fase di gara" (Cons. Stato, V, 9 marzo 2020, n. 1691); d'altra parte la possibilità di fornire detta prova contraria deve essere necessariamente assicurata all'operatore (Cons. Stato, n. 2333 del 2020, cit.).

In tale prospettiva, se non v'è un divieto partecipativo assoluto e aprioristico conseguente all'avvenuta predisposizione del progetto, bensì un necessario accertamento da eseguire nel caso concreto in ordine alla posizione di vantaggio goduta dal progettista (cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., parere 3 novembre 2016, n. 2285), v'è nondimeno una presunzione normativa d'incompatibilità che si rende necessario ribaltare" (Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2022, n. 5499):

- "la ratio ... va individuata nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore-esecutore dei lavori, potendo svolgere una funzione sostanziale di ausilio alla P. A. nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati. Se le posizioni di progettista e di appaltatore -esecutore dei lavori coincidessero vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione, con la possibilità di elaborare un "progetto su misura" per una impresa alla quale l'autore della progettazione sia legato, così agevolando tale impresa nell'aggiudicazione dell'appalto (cfr. Cons. Stato, V, 21 giugno 2012, n. 3656; id., 2 dicembre 2015, n. 5454)" (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853).

Pertanto, alla luce della giurisprudenza appena riportata:

a) lo specifico obiettivo di tutela è di tipo bidirezionale, operando nel senso sia della *concorrenza*, sia della *imparzialità* dell'azione amministrativa;

b) sul piano della *concorrenza* si vuole evitare che un soggetto partecipante, per il tramite del proprio progettista che abbia già preso parte allo studio ed alla elaborazione di precedenti fasi progettuali, acquisisca un indebito vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti;

c) sul piano della *imparzialità* si vuole evitare che un certo progettista (che presti o presterà la sua opera anche presso un operatore privato) in occasione di collaborazioni occasionali con le pubbliche amministrazioni possa *indirizzare* la progettazione stessa (studio di fattibilità o progetto preliminare) nel senso più favorevole possibile a quel dato operatore economico;

d) ebbene in tutti questi casi sussiste una sorta di presunzione *iuris tantum* di incompatibilità la quale, come ogni *presunzione relativa*, può essere superata soltanto attraverso una rigorosa dimostrazione contraria da parte del soggetto interessato (operatore economico che collabora con quel dato progettista).

Trattasi in altre parole di una presunzione di incompatibilità che può essere vinta solo mediante rigorosa dimostrazione contraria da parte del soggetto partecipante che versa in tale situazione.

Del resto una simile dimostrazione, circa la assenza di qualsivoglia incompatibilità ossia di assenza di vantaggi concorrenziali in concreto, è stata prospettata in sede procedimentale (cfr. nota del 21 dicembre 2022) mediante una giustificazione che non solo si appalesa chiaramente *tardiva* (la stessa andava infatti versata agli atti di gara nei tempi e nei modi prescritti dalla SA) ma anche *parziale* in quanto riferita esclusivamente ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica (su alcuni dei quali, come la metodologia di progettazione, SECAP ha tra l'altro ottenuto il punteggio più alto) e non anche ai parametri dell'offerta economica (la conoscenza pregressa dei luoghi e del tipo di intervento consente infatti di ottimizzare i relativi costi), aspetto sul quale la società appellante ha tra l'altro ottenuto il massimo punteggio possibile.

Pertanto, come puntualmente evidenziato dal giudice di primo grado: *“a fronte della cospicua attività svolta dal professionista nel settore di riferimento, essa si è limitata a richiedere la dimostrazione che le conoscenze acquisite non fossero idonee a distorcere la concorrenza”*.

La tesi di parte appellante, secondo cui la stazione appaltante non avrebbe indicato “seri e precisi indizi ulteriori che potessero far presumere una situazione di vantaggio ricoperta dal progettista” (pag. 17 atto di appello) e che “tale verifica doveva pertanto essere effettuata da parte di SCR” (pag. 9 della memoria in data 2 gennaio 2024), non corrisponde dunque allo schema legale individuato dal legislatore e ulteriormente corroborato dalla giurisprudenza.

Anche il secondo motivo di appello deve pertanto essere respinto.

9. Con il terzo motivo di appello si deduce che la mancata ricezione del soccorso istruttorio non sarebbe dipesa dalla volontà della parte appellante. Si lamenta, in particolare, che la stazione appaltante non avrebbe sufficientemente valutato la circostanza che la SECAP aveva incolpevolmente subito un “problema informatico”, e tanto con particolare riguardo alla mancata ricezione dell'atto di soccorso istruttorio.

L'invio telematico del “soccorso istruttorio”, da evadere entro e non oltre 7 giorni dalla ricezione, è risultato formalmente corretto da parte della PA sulla base della documentazione prodotta agli atti del fascicolo.

La mancata tempestiva ricezione da parte dell'appellante è dunque dipesa da un malfunzionamento interno allo stesso operatore economico. Si veda al riguardo proprio la relazione in data 10 gennaio 2023 della stessa società SECAP secondo cui, in particolare: “il sistema potrebbe non aver riconosciuto il messaggio di posta elettronica che ... viene generato automaticamente dal portale Sintel e non da un operatore fisico, per l'invio all'indirizzo PEC della Società SECAP. Il mancato riconoscimento da parte del sistema ha collocato il messaggio in un'area di archiviazione, senza trasmettere le notifiche di sicurezza aggiuntive, rendendo così praticamente impossibile a quattro postazioni della Società di accorgersi dell'arrivo della PEC”.

Si vedano in proposito anche le specifiche disposizioni del disciplinare circa le modalità di comunicazione che la SA ha al riguardo adottato e che i singoli partecipanti avrebbero dovuto diligentemente osservare. Il riferimento è all'art. 2.3 del disciplinare di gara (COMUNICAZIONI) secondo cui: *“Tutte le comunicazioni nell'ambito della procedura di gara ... avvengono tramite il sistema telematico e si danno per eseguite con la pubblicazione delle stesse nel canale “Comunicazioni procedura” relativa alla gara riservata al concorrente e accessibile previa identificazione da parte dello stesso sulla piattaforma Sintel”. Ed ancora: “L'operatore economico si impegna a verificare costantemente e tenere sotto controllo la funzionalità “Comunicazioni procedura” all'interno di Sintel”. Infine: “i concorrenti sono tenuti a controllare che le mail inviate dal sistema non vengano respinte né trattate come spam dal proprio sistema di posta elettronica e, in ogni caso, a verificare costantemente sul sistema la presenza di comunicazioni”.*

Come puntualmente evidenziato dal giudice di primo grado (punto 12.2.): *“Ogni operatore economico era, pertanto, onerato di controllare costantemente la piattaforma e verificare il proprio sistema di ricezione delle PEC, per accertarsi che esse non venissero erroneamente collocate in cartelle virtuali diverse da quelle di destinazione”.*

Ebbene, alla luce delle riportate disposizioni della legge di gara la difesa di parte appellante non ha mai allegato o comunque dedotto di avere provveduto a monitorare costantemente tali meccanismi comunicativi, ossia a controllare più da vicino il suddetto canale “Comunicazioni procedura” sulla piattaforma di gara.

Del resto, vige un principio di autoresponsabilità e di diligenza professionale, in capo ai concorrenti, per cui questi ultimi sono tenuti ad un onere di vigilanza continua circa le informazioni e le comunicazioni rilevanti che possono essere rispettivamente assunte e adottate in corso di gara.

Onere che nella specie è risultato del tutto obliterato, dalla parte appellante, atteso che quest'ultima, come puntualmente messo in evidenza dalla difesa di SCR nella memoria in data 17 ottobre 2023: “per tutto il periodo di pendenza del termine prescritto per la presentazione della documentazione integrativa richiesta dalla Stazione appaltante – precisamente dal 25 novembre 2022 fino al 2 dicembre 2022 – non ha in alcun modo consultato la Piattaforma telematica Sintel deputata allo scambio di comunicazioni con i partecipanti alla gara”.

Onere nel caso di specie da ritenere peraltro rafforzato dal momento che vi era in qualche modo stato un preavviso di soccorso istruttorio da parte della SA. Ed infatti l'amministrazione procedente ha comunicato il 25 novembre 2022, tramite la piattaforma Sintel, sia la graduatoria provvisoria sia la circostanza che sarebbe stato avviato il soccorso istruttorio nei confronti dell'operatore economico collocatosi al primo posto, ossia SECAP (cfr. doc. n. 7 della produzione documentale del ricorrente presente nel fascicolo elettronico di primo grado). Il che imponeva, a quest'ultimo, un atteggiamento di ancora maggior prudenza e diligenza con riguardo al tema delle successive formali comunicazioni di gara.

La difesa di parte appellante deduce inoltre che, nel caso di specie, la stazione appaltante "avrebbe potuto trasmettere al RTI Secap un'ulteriore richiesta di chiarimenti assegnando un ulteriore termine. Tale soluzione non avrebbe avuto alcuna ripercussione, né sulle tempistiche della procedura di gara" (pag. 19 atto di appello introduttivo). A tal fine, sempre nella prospettiva della difesa di parte appellante, il termine perentorio fissato dalla SA con l'atto di soccorso istruttorio non sarebbe stato sufficientemente giustificato. Osserva al riguardo il collegio che: a) ai sensi dell'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016: "*In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara*"; b) sul punto, l'orientamento più che consolidato è nel senso di ritenere che: "*la giurisprudenza ... ha più volte affermato la natura perentoria del termine per l'integrazione della documentazione, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, ai fini di un'istruttoria veloce ma preordinata ad acquisire la completezza delle dichiarazioni prima della valutazione dell'ammissibilità della domanda (su tutte, cfr. Cons. Stato, V, 22 agosto 2016, n. 3667; 22 ottobre 2015, n. 4849; 18 maggio 2015, n. 2504; III, 21 gennaio 2015, n. 189; incidentalmente anche Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16), ribadita da ultimo dalla sentenza di questa sezione V, 29 maggio 2019, n. 3592 (con la quale si è precisato che la detta interpretazione risulta "coerente, oltreché con la ratio, anche con la lettera dell'attuale art. 83, comma 9, il quale espresse prevede: "in caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara"; né ciò determina alcuna aporia o irragionevolezza del sistema, stante la necessaria certezza e rapidità del sub-procedimento di soccorso istruttorio, nonché la specificità del perimetro che ne costituisce l'oggetto, prescindendosi - in tale fase - dall'effettiva e sostanziale integrazione dei requisiti, di cui semplicemente si richiede di fornire documentazione probatoria o adeguata dichiarazione)"*" (così Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2020, n. 399; si veda sul punto anche Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2022, n. 11250); c) lo stesso disciplinare di gara prevede all'art. 16 che: "*In caso di inutile decorso del termine, l'Amministrazione aggiudicatrice procede all'esclusione del concorrente dalla procedura*"; d) da tanto consegue la perentorietà del termine ed anche la sua intrinseca ragionevolezza (legata per lo più ad esigenze di celerità delle procedure di pubblici appalti, soprattutto in presenza di finanziamenti UE).

Da quanto complessivamente considerato discende la correttezza circa la decisione di espulsione per inosservanza del termine perentorio a tal fine prescritto nell'atto di soccorso istruttorio della SA.

Per tutte le ragioni sopra evidenziate, anche tale motivo deve dunque essere rigettato.

10. In conclusione il ricorso in appello è infondato e deve essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza di primo grado. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate

come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella somma di euro 5.000 (cinquemila/00), oltre IVA e CPA in favore di ciascuna delle parti costituite (SCR ed EDITEL).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. **1333** dello scorso 9 febbraio, la **V Sezione del Consiglio di Stato** si è occupata della tematica relativa al soccorso istruttorio e, in particolare, dell'ipotesi di **ritardo nel riscontro da parte dell'operatore economico entro il termine perentorio**.

Il soccorso istruttorio permette il superamento dell'assenza di qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione e delle dichiarazioni. Tuttavia, non sono sanabili tutte le irregolarità.

Sono, ad esempio, considerate **non sanabili le irregolarità che determinano un'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta**.

La classificazione della violazione come "non sanabile" va effettuata nel singolo caso concreto, in prima battuta, dalla stazione appaltante e, eventualmente e successivamente, dal giudice amministrativo.

Nelle ipotesi di **irregolarità sanabili**, invece, **la stazione appaltante non può procedere**

all'esclusione del concorrente senza prima aver richiesto allo stesso di sanarle entro un termine perentorio non superiore a 10 giorni. Decorso tale termine senza che l'operatore economico abbia riscontrato la stazione appaltante, secondo l'art. 83, comma 9, del vecchio codice dei contratti si provvede all'esclusione dello stesso. Tale esclusione non è riportata nel dato letterale del nuovo art. 101 d.lgs. 36/2023 che si limita a prevedere che l'amministrazione assegna un termine non inferiore a 5 giorni e non superiore a 10 giorni per riscontrare la richiesta di soccorso istruttorio.

Infatti, l'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, vecchio codice dei contratti, prevede 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'art 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”*.

La V Sezione del Consiglio di Stato, in tema di soccorso istruttorio, riprendendo la pronuncia n. 7870 del 2023, ha in particolare evidenziato *“almeno con riguardo alle ipotesi contemplate o comunque ricavabili dall'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (vecchio codice dei contratti), “la necessaria distinzione tra:*

- a. *soccorso integrativo o completivo (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 cd. 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), semprechè 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 cd. 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 consentire 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 collegato allo stringente vincolo della par conditio) di*

apportarvi qualunque modifica”.

Inoltre, la V sezione ha ribadito che **il soccorso istruttorio è sottoposto a termini perentori anche per elementari esigenze di celerità nelle procedure di appalto nel cui contesto ogni possibile ritardo, con riferimento a qualsivoglia passaggio, è idoneo ad arrecare comunque un certo “effetto negativo” (...)** e tanto proprio per gli obiettivi di politica economica cui da anni si lega ormai il sistema degli appalti (la normativa eurounitaria evidenzia non a caso il “fine di rendere le procedure più veloci e più efficaci”, cfr. considerando 80 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014). Con ciò si vuol dire che la celerità della procedura (oltre naturalmente alla sua certezza) costituisce aspetto ineludibile al fine di garantire un meccanismo procedurale improntato alla massima efficienza ed efficacia.

Infine, il Consiglio di Stato ha ricordato che vige **un principio di autoresponsabilità e diligenza professionale, in capo ai concorrenti, per cui questi ultimi sono tenuti ad un onere di continua vigilanza circa le informazioni e le comunicazioni rilevanti che possono essere rispettivamente assunte e adottate in corso di gara.** Pertanto, tra le dette comunicazioni rientrano anche le richieste rivolte dalla stazione appaltante agli operatori economici ai fini del soccorso istruttorio. Ne consegue che **il mancato riscontro, entro il termine perentorio fissato dalla stazione appaltante ai fini del soccorso istruttorio, imputabile all’operatore economico, comporta l’impossibilità per la stazione appaltante stessa di esaminare la documentazione inviata tardivamente.**