

# Divieto di integrazione dei requisiti in sede di soccorso istruttorio processuale

di Federico Mauro

Data di pubblicazione: 7-5-2024

*Quanto, poi, alla pretesa integrazione dei requisiti, in sede contenziosa, non dichiarati in gara, mediante soccorso istruttorio, è sufficiente rinviare al divieto di integrazione postuma dei requisiti, sancito dalla giurisprudenza amministrativa.*

*Ed invero, “deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti” (Cons. Stato, V, 21 agosto 2023, n. 7870).*

*“In sede di gara pubblica non può ammettersi il soccorso istruttorio per la 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” (Cons. Stato, V, 6 dicembre 2021, n. 8148).*

*La “dichiarazione è stata resa dal concorrente del tutto consapevolmente, e della stessa lo stesso deve rispondere, in omaggio al principio generale di autoresponsabilità.*

*Né, in seguito all'accertamento da parte della stazione appaltante del mancato possesso del requisito speciale di capacità tecnico professionale per come dichiarato dal concorrente nell'offerta, era esigibile l'esperimento del soccorso istruttorio, atteso che: “non è ... 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” (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540).*

*Ed invero, nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del favor participationis e del risultato non possono mai confliggere con il principio della par condicio fra i concorrenti” (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2024, n. 1372).*

N. 03522/2024REG.PROV.COLL.

N. 01088/2024 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 1088 del 2024, proposto da

Gianfranco Mirabelli, titolare dell'omonima impresa individuale, in proprio nonché quale capogruppo mandatario del costituendo RTI con mandanti "RTP Ingegneria e architettura" - RTP di

liberi professionisti, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9554128BD5, rappresentati e difesi dall'avvocato Valerio Zicaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Carolillo e Carmelo Triulcio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Costruzioni Procopio S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Giafra S.r.l. in proprio e quale Capogruppo del costituendo R.T.I., Mandante Rti - Co.Ge. S.r.l. Progettazioni Costruzioni Generali Servizi Vari, Mandante Rti - Rtp Officina Mediterranea di Architettura – Omarch S.R.L, Mandante Rti - Rtp Studio Progettazioni D'Ingegneria, Mandante Rti - Rtp Spi S.r.l., Mandante Rti - Rtp Ing. Serena Bria, Mandante Rti - Rtp Arch. Stefania Frasca, Mandante Rti - Lufraco S.r.l., Mandante Rti - Rtp D&Sing Associati, Mandante Rti - Rtp di Liberi Professionisti, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 16 del 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cosenza e di Costruzioni Procopio S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2024 il Cons. Elena Quadri;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Gianfranco Mirabelli, titolare dell'omonima impresa individuale, in proprio nonché quale capogruppo mandatario del costituendo RTI con mandanti "RTP Ingegneria e architettura" - RTP di liberi professionisti, ha impugnato la D.D. n. 950/2023 Reg. Gen. del 24 maggio 2023, avente ad oggetto: *"Piano di sviluppo e Coesione del Ministero della Cultura – Fondo per lo Sviluppo e la Coesione (Delibera CIPESS 29 aprile 2021, n. 7) – Contratto Istituzionale di Sviluppo per il Centro Storico di Cosenza, Aggiudicazione a seguito di procedura aperta dell'appalto integrato di progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, esecuzione dei lavori connessi all'intervento di: adeguamento sismico, efficientamento energetico e rifunzionalizzazione della biblioteca civica con informatizzazione per una fruizione totale. cup: f83h2000110001 – cig: 9554128bd5"*, comunicata con avviso di avvenuta aggiudicazione del 7 giugno 2023, oltre a tutti i verbali di gara, chiedendo, altresì, l'accertamento del diritto del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara d'appalto di cui è causa e/o di subentrare nel contratto di appalto ove questo fosse nelle more stipulato con il controinteressato aggiudicatario, nonché dell'obbligo dell'Amministrazione resistente di aggiudicare la gara d'appalto di cui è causa al ricorrente e, conseguentemente, di stipulare il contratto con lo stesso e/o di ordinarne il subentro nel contratto di appalto ove questo fosse nelle more stipulato con il controinteressato aggiudicatario, e del diritto al risarcimento in forma specifica o, ove questo non fosse possibile, al risarcimento per equivalente di tutti i gravi danni subiti e subendi dalla ricorrente in ragione dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria ha respinto il ricorso con sentenza n. 16 del 2024, appellata dal RTI Mirabelli per il seguente, articolato, motivo di diritto:

*l) error in iudicando*: illogicità, carenza, contraddittorietà, anche intrinseca, erroneità, irragionevolezza; manifesta ingiustizia; violazione della disciplina applicabile e travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto; violazione e/o falsa applicazione ed interpretazione dei principi sanciti dalla giurisprudenza amministrativa in materia.

Si sono costituiti per resistere all'appello il comune di Cosenza e Costruzioni Procopio S.r.l.

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

All'udienza pubblica del 4 aprile 2024 l'appello è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Gianfranco Mirabelli, titolare dell'omonima impresa individuale, in proprio nonché quale capogruppo mandatario del costituendo RTI con mandanti "RTP Ingegneria e architettura" - RTP di liberi professionisti, per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria n. 16 del 2024 che ha respinto il suo ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione al Rti Costruzioni Procopio S.r.l. della gara di appalto integrato di progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, esecuzione dei lavori nell'ambito dell'intervento relativo a *"adeguamento sismico, efficientamento energetico e rifunzionalizzazione della biblioteca civica con informatizzazione per una fruizione totale"* indetta dal comune di Cosenza con determinazione dirigenziale Reg. Gen n. 887 del 30 maggio 2022.

L'appalto è finanziato con i fondi del Contratto Istituzionale di Sviluppo (CIS) "Cosenza - Centro storico", di cui alla scheda n. 1 del Piano Operativo "Cultura e Turismo" - delibera CIPE n. 10/2018, confluito nel Piano Sviluppo e Coesione del Ministero della cultura approvato in prima istanza dal CIPESS con delibera n. 7/2021.

Con un unico motivo di appello il RTI Mirabelli ha dedotto l'erroneità della sentenza, in primo luogo, sotto il profilo logico e teleologico, atteso che l'inversione dell'esame dei motivi di ricorso avrebbe falsato e condizionato la decisione del giudice.

In primo grado il RTI Mirabelli aveva, infatti, dedotto con il primo motivo di ricorso la carenza in capo al controinteressato dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnico-professionale per la progettazione richiesti per la partecipazione alla gara e con il secondo motivo la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*) e *f-bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 7 del disciplinare di gara per falsa dichiarazione.

In ogni caso, la sentenza sarebbe erronea per non avere accolto il ricorso. Ed invero, il disciplinare di gara prevedeva, espressamente (art. 7.2 disciplinare): *"avvenuto espletamento negli ultimi dieci anni (dalla data di pubblicazione del bando di gara) di servizi di ingegneria e di architettura, di cui all'art. 3, lett. vvvv) del Codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare (servizi analoghi), individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali, per un importo globale per ogni classe e categoria pari a 1 (UNA) volta l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, calcolato con riguardo alle categorie indicate nel seguito..."*.

Contrariamente a quanto affermato nel DGUE di Omarch, il servizio per l'ASL Napoli 1 Centro, avente ad oggetto il *"Progetto di fattibilità tecnica ed economica per la Riqualificazione, restauro e rifunzionalizzazione del complesso monumentale di Santa Maria del popolo degli*

*incurabili – Napoli*”, con un importo totale dei lavori indicati pari a euro 65.000.000,00, speso dall’arch. Montesano (socio di Omarch) nelle tabelle del DGUE, per le categorie: E.22, IA.02. IA.03. non sarebbe mai stato svolto dall’Arch. Fabio Montesano perché soggetto estraneo al contratto di cui trattasi.

Infatti, dalla consultazione del sito istituzionale dell’ASL Napoli 1 Centro risulta che il *“Progetto di fattibilità tecnica ed economica per la Riqualificazione, restauro e rifunionalizzazione del complesso monumentale di Santa Maria del popolo degli incurabili – Napoli”* è stato aggiudicato – a seguito di procedura di gara svolta, per l’Ente, da Invitalia S.p.a. quale centrale di committenza – esclusivamente, al seguente RTP: *“Studio Associato di Architettura Carafa e Guadagno (mandataria), Barretta & Partner S.r.l., Studio Costa Architecture S.r.l., IA2 Studio Associato General Engineering S.r.l., Dodi Moss (mandanti)”*, giusta D.D.G. n. 742 del 3 giugno 2021 e da questi eseguito, giusta D.D.G. n. 23/2022 del 10 gennaio 2022, con la quale, la medesima ASL Napoli 1 Centro, ha deliberato la *“approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica ex art. 102, comma 2, del d. lgs. 50/2016 per la riqualificazione, restauro e rifunionalizzazione del complesso monumentale di Santa Maria del Popolo degli Incurabili CIG: 8170830E35 – CUP B67H19002460009”*. Tra i componenti dell’aggiudicatario RTP costituendo non v’era, dunque, l’Arch. Fabio Montesano il quale, pertanto, non avrebbe potuto e non può spendere un’esperienza maturata da altro soggetto e riferibile, esclusivamente, a terzi.

In mancanza di siffatto servizio, Omarch S.r.l. (quale mandataria per i servizi di progettazione) non raggiungendo l’importo globale previsto dal disciplinare, risultava privo dei servizi analoghi svolti nelle categorie E.22, IA.02 E IA.03 e, dunque, privo dei requisiti minimi di capacità tecnica e professionale con conseguente inammissibilità dell’intera offerta presentata dal RTI, il quale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, con conseguenziale aggiudicazione dell’appalto in favore dell’appellante, seconda graduata. L’amministrazione non avrebbe effettuato le dovute verifiche.

Per l’appellante non vi sarebbe alcun dato normativo né interpretativo che consenta di ricomprendere, nei servizi attinenti l’ingegneria e l’architettura ai fini della dimostrazione dei requisiti tecnici e professionali, la mera redazione di uno studio di fattibilità tecnica ed economica che non sia sfociata nell’esecuzione di un contratto e, dunque, che non sia risultata vincitrice di un concorso di progettazione.

Per il controinteressato, Omarch S.r.l. è soltanto la società mandataria del raggruppamento di professionisti indicato come progettista dalla compagine di imprese aggiudicataria; pertanto, *“l’operatore concorrente”* ha facoltà di sostituire il progettista indicato, in ipotesi di carenza dei requisiti previsti dalla *lex specialis*; inoltre, la facoltà di sostituire il progettista privo dei requisiti di gara implica, necessariamente, la possibilità per il progettista stesso - possessore in ogni caso dei requisiti tecnico-professionali, come nel caso in esame - di dichiarare all’uopo gli ulteriori servizi svolti nell’ultimo decennio.

Sulla base di tali ultime affermazioni, il controinteressato *‘integrava’*, in sede contenziosa, nuovi e ulteriori servizi svolti nell’ultimo decennio dai soci della Omarch S.r.l., mai dichiarati nella procedura di gara.

Per la sentenza, in ogni caso, vi sarebbe la possibilità di integrare i requisiti, anche in sede processuale, essendo il Montesano parte di un RTP (la Omarch s.r.l.) indicato dalla Costruzioni Procopio S.r.l. come progettista e, dunque, un mero collaboratore esterno (pertanto sostituibile). *“Nella procedura in questione in realtà il RUP ha già attivato una sorta di soccorso istruttorio sostanziatosi nella richiesta di chiarimenti all’aggiudicatario in seguito alla segnalazione pervenuta dal ricorrente circa il contestato possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico professionali in capo alla OMARCH s.r.l. ed, indirettamente, all’aggiudicatario PROCOPPIO s.r.l. (PEC del 09.06.2023). E di fronte alle giustificazioni spese dall’aggiudicatario (riscontro del 15.06.2023) il RUP, ha ritenuto i chiarimenti idonei a superare le avverse prospettazioni del concorrente, prendendo per buona l’attestazione allegata dall’aggiudicatario e comprovante il possesso dei requisiti del RTP OMARCH s.r.l., ciò che è stato ritenuto sufficiente dalla stazione appaltante, secondo la propria discrezionalità – da affermare anche nell’esercizio dei poteri di verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara - a confermare la veridicità di quanto esposto da OMARCH s.r.l. nel DGUE. Per completezza, ritiene il collegio che non trattandosi della diversa fattispecie di dichiarazione non veritiera cui si sarebbe collegata la conseguenza espulsiva, automatica (art. 80, comma 5, lett. c-bis, Codice dei contratti pubblici) o discrezionale (art. 80, comma 5, lett. f-bis, ibidem), anche a prescindere dalla ritenuta sufficienza dei requisiti spesi in sede di gara, sarebbe stato comunque ammissibile il soccorso istruttorio c.d. processuale”* (cfr. sentenza appellata).

Conseguentemente, risulterebbe comprovabile e comprovato, in sede contenziosa, lo svolgimento di nuovi e ulteriori servizi svolti nell’ultimo decennio dai soci della Omarch S.r.l., mai indicati nella procedura di gara, tra cui i due servizi svolti per il comune di Torre Ruggiero e per Sviluppo Genova S.p.a., come asseritamente consentito dal non impugnato art. 15 del disciplinare con l’unica eccezione delle carenze relative al contenuto sostanziale dell’offerta economica e dell’offerta tecnica.

L’appello è fondato, atteso che la mera partecipazione ad un concorso di progettazione non dà diritto al concorrente non vincitore, né destinatario di premi e/o di menzioni particolari, alla spendita di tale esperienza come servizio svolto, senza aver redatto per l’esecuzione dell’appalto alcun PFTE.

Ed invero, come risulta espressamente dal disciplinare di gara: *“Le capacità tecniche e professionali fanno riferimento ai contratti eseguiti (art. 58, comma 4 della direttiva UE 24/2014)”* (cfr. disciplinare di gara, pag. 11, art. 7.2). Ciò, in ossequio al principio secondo il quale i servizi, per essere considerati requisiti di capacità tecnico-professionale, devono essere stati svolti in concreto.

*“La comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all’art. 86 e all’allegato XVII, parte II, del Codice, mediante la seguente modalità:*

*- In caso di servizio prestato a favore di pubbliche amministrazioni o enti pubblici: originale o copia conforme del certificato di regolare esecuzione rilasciato dall’amministrazione/ente contraente, con l’indicazione dell’oggetto, delle classi e categorie, dell’importo, del relativo CIG, e del periodo di esecuzione, dei contratti stipulati con le amministrazioni pubbliche, completi di copia delle fatture quietanzate ovvero dei documenti bancari attestanti il*

*pagamento delle stesse” (cfr. art. 7.2, ultima parte, del disciplinare di gara).*

Nella fattispecie in questione, dalla documentazione versata in atti risulta che il *“Progetto di fattibilità tecnica ed economica per la Riqualificazione, restauro e rifunzionalizzazione del complesso monumentale di Santa Maria del popolo degli incurabili – Napoli”* è stato aggiudicato – a seguito di procedura di gara svolta, per l’Ente, da Invitalia S.p.a. quale centrale di committenza –al RTP Studio Associato di Architettura Carafa e Guadagno (mandataria), Barretta & Partner S.r.l., Studio Costa Architecture S.r.l., IA2 Studio Associato General Engineering S.r.l., Dodi Moss (mandanti), giusta D.D.G. n. 742 del 3 giugno 2021 e da questi eseguito, giusta D.D.G. n. 23/2022 del 10 gennaio 2022, con la quale, la medesima ASL Napoli 1 Centro, ha deliberato la *“approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica ex art. 102, comma 2, del d. lgs. 50/2016 per la riqualificazione, restauro e rifunzionalizzazione del complesso monumentale di Santa Maria del Popolo degli Incurabili CIG: 8170830E35 – CUP B67H19002460009”*. Tra i componenti dell’aggiudicatario RTP costituendo non v’era, dunque, l’Arch. Fabio Montesano il quale, pertanto, non può spendere un’esperienza maturata da altro soggetto.

In mancanza di siffatto servizio, Omarch S.r.l. (quale mandataria per i servizi di progettazione) non raggiungendo l’importo globale previsto dal disciplinare, risultava privo dei servizi analoghi svolti nelle categorie E.22, IA.02 E IA.03 e, dunque, privo dei requisiti minimi di capacità tecnica e professionale con conseguente inammissibilità dell’intera offerta presentata dal RTI, il quale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, con conseguenziale aggiudicazione dell’appalto in favore dell’appellante, seconda graduata.

*“Nel sistema delineato dagli articoli 24, commi 2 e 5 (in base ai quali è stato adottato il decreto ministeriale 2 dicembre 2016, n. 263 sui requisiti che devono possedere gli operatori economici per l’affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria), 46 (che individua gli operatori economici che possono partecipare alle procedure per l’affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria), 83 (in tema di requisiti speciali per la selezione degli offerenti) e 86 (sui mezzi di prova mediante i quali gli operatori economici possono dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione), i requisiti speciali per la selezione sono incentrati essenzialmente (oltre che sui requisiti prescritti dal D.M. n. 263/2016 cit.) sulla capacità economica e finanziaria e sulla capacità tecnica e professionale (al pari di quanto previsto per la generalità dei servizi), che l’operatore economico può dimostrare attraverso una documentazione la quale presuppone che il professionista (nelle diverse articolazioni giuridiche consentite dall’art. 46 cit.) abbia stipulato un contratto per l’affidamento e lo svolgimento dei servizi. 9.2. Ciò appare del tutto evidente con riferimento al requisito di capacità economica e finanziaria (cfr. Allegato VII, parte I, del codice dei contratti pubblici, in particolare laddove prevede che detto requisito “di regola” può essere dimostrato mediante “una dichiarazione concernente il fatturato globale” ed eventualmente una dichiarazione del “fatturato del settore di attività oggetto dell’appalto”), dal momento che non sembra ipotizzabile provare questi elementi se l’operatore economico non sia stato parte del contratto e quindi centro di imputazione di tutti gli effetti derivanti dall’incarico. Alla medesima conclusione si deve giungere per i requisiti di capacità tecnica (si pensi alla attestazione circa i “principali servizi negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici e privati”: cfr. Allegato VII, parte II, del codice dei contratti pubblici)” (Cons. Stato, V, 4 aprile*

2023, n. 3461).

La distinzione tra progettista “associato” e progettista “indicato”, in forza della quale il secondo è da qualificarsi come “professionista esterno” non rientrante nella “figura del concorrente” (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 luglio 2020, n. 13), è stata oggetto di ulteriore specificazione da parte della giurisprudenza amministrativa, che ha precisato, sostanzialmente, che la sostituzione è ammessa a due condizioni:

- sul piano generale, “in diminuzione” e non “per addizione”, valevole anche per i progettisti:

*“L'assenza di uno dei requisiti generali di cui all' art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 nel componente del raggruppamento di progettisti “indicato” ai sensi dell'art. 59 dello stesso codice, non determina l'esclusione dell'offerente, dovendosi ritenere ammissibile la estromissione e l'eventuale sostituzione del progettista indicato con altro professionista, quantomeno nelle ipotesi in cui il soggetto da estromettere non abbia contribuito in modo essenziale a “portare” i requisiti di qualificazione necessari alla partecipazione” (C.G.A.R.S., 31 marzo 2021, n. 276; cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2);*

- sul piano particolare, a condizione che il progettista (ancorché “indicato”), non abbia contribuito, significativamente, alla redazione dell’offerta, perché, in caso contrario, la sostituzione determinerebbe una modificazione dell’offerta, come noto vietata (Cons. Stato, V, 11 novembre 2022, n. 9923).

Nel caso di specie, Omarch ha contribuito, in misura quasi esclusiva, alla redazione dell’offerta (si veda, al riguardo, la domanda di partecipazione, l’offerta tecnica e la correlata relazione presentata dal controinteressato).

Quanto, poi, alla pretesa integrazione dei requisiti, in sede contenziosa, non dichiarati in gara, mediante soccorso istruttorio, è sufficiente rinviare al divieto di integrazione postuma dei requisiti, sancito dalla giurisprudenza amministrativa.

*Ed invero, “deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti” (Cons. Stato, V, 21 agosto 2023, n. 7870).*

*“In sede di gara pubblica non può ammettersi il soccorso istruttorio per la 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” (Cons. Stato, V, 6 dicembre 2021, n. 8148).*

La “dichiarazione è stata resa dal concorrente del tutto consapevolmente, e della stessa lo stesso deve rispondere, in omaggio al principio generale di autoresponsabilità.

*Né, in seguito all'accertamento da parte della stazione appaltante del mancato possesso del*



*requisito speciale di capacità tecnico professionale per come dichiarato dal concorrente nell'offerta, era esigibile l'esperimento del soccorso istruttorio, atteso che: "non è ... 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" (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540).*

*Ed invero, nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del favor participationis e del risultato non possono mai confliggere con il principio della par condicio fra i concorrenti" (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2024, n. 1372).*

Nella fattispecie in questione il controinteressato, pur avendone avuta la possibilità, non ha prodotto alcunché oltre all'attestazione dell'ASL Napoli 1 Centro, dunque neanche la documentazione prodotta soltanto in giudizio. Le conseguenze della sua azione devono gravare solo sullo stesso, alla luce del principio di autoresponsabilità.

Ne consegue la non divisibilità delle statuizioni della sentenza appellata, anche in considerazione dell'impossibilità di applicare il soccorso istruttorio processuale nel caso di specie, e, correlativamente, la fondatezza pure del secondo profilo di censura dedotto in appello, atteso che la dichiarazione resa in gara non è veritiera, con conseguente obbligo di esclusione del RTI controinteressato anche per la violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*) e *f-bis*), del d.lgs. n. 50 del 2016. Ed invero, nel caso di specie il controinteressato ha sia presentato una dichiarazione non veritiera, affermando di essere stato vincitrice di un concorso di progettazione, assegnato invece ad altro concorrente – che ha redatto il Progetto di Fattibilità Tecnica ed Economica per l'esecuzione dell'appalto - sia influenzato la decisione dell'Amministrazione sulla base di informazioni fuorvianti, anche attraverso il documento prodotto in sede di controdeduzioni (attestato dell'ASL Napoli 1 centro, che parrebbe attestare l'esecuzione dell'appalto, ma dal quale, a una lettura più approfondita, risulta che l'architetto Fabio Montesano, insieme ad altri, ha redatto un progetto solo per la partecipazione alla gara e non quello di fattibilità tecnico economica per l'esecuzione effettiva del contratto, essendo pervenuto solo al sesto posto in graduatoria).

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione al controinteressato.

Sull'eccezione sollevata dallo stesso in relazione alla mancata riproposizione in appello della domanda di subentro nel contratto o di risarcimento per equivalente proposte in primo grado, deve evidenziarsi quanto segue:

l'intervento è ricompreso nell'ambito di applicazione dell'art. 48 del d.l. n. 77 del 2021 (vedi contratto versato in atti, da cui risulta che il PFTE posto a base di gara è redatto ai sensi dell'art. 48 del d.l. n. 77 del 2021 e delle linee guida MIMS del luglio 2021) che, al comma 4, così recita: *"In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 e nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e le relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, nonché in*

*qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR'.*

A sua volta, ai sensi del comma 3 dell'art. 125 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: *"Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3".*

Ne consegue che, nella fattispecie in questione, secondo quanto previsto dalla legge (dunque senza alcuna necessità di domande dell'interessato) il contratto continua ad avere esecuzione, salvo risarcimento del danno per equivalente pecuniario, che si liquidava nella somma corrispondente all'utile risultante dall'offerta dell'appellante.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, come in motivazione.

Condanna il comune di Cosenza e Costruzioni Procopio S.r.l. alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio nei confronti dell'appellante, che si liquidano in euro 5.000 ciascuno, oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

## Guida alla lettura

Il c.d. **“soccorso istruttorio processuale”** è ammissibile quando il **Giudice verifichi che la stazione appaltante non è intervenuta in soccorso del concorrente**, come sarebbe stata tenuta a fare, ed eserciti, quindi, i poteri istruttori per accertare, nel corso del processo, ciò che avrebbe dovuto essere accertato dall'amministrazione durante il procedimento.

Pertanto, il **perimetro applicativo di tale istituto pretorio corrisponde a quello che caratterizza il “soccorso istruttorio” nella sua tipica forma procedimentale**, disciplinata, in passato, dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016 e, oggi, dall'[art. 101 d.lgs. 36/2023](#).

Il **soccorso istruttorio consente** il superamento delle carenze di qualsiasi elemento formale della domanda di partecipazione e delle dichiarazioni, ma **non anche l'integrazione postuma dei requisiti richiesti dal disciplinare**.

La Sezione V del Consiglio di Stato, già nel 2021, con la sentenza n. 8148, aveva precisato che **l'integrazione postuma del requisito di partecipazione non è ammissibile. Un requisito richiesto dal disciplinare a pena d'esclusione dell'intera offerta deve ritenersi necessario per l'ammissione dell'offerta alla procedura di gara e non può, quindi, essere integrato successivamente all'aggiudicazione**.

Con la pronuncia oggetto di analisi, sempre la Sezione V del Consiglio di Stato, ha ribadito che in tema d'integrazione dei requisiti, in sede contenziosa, non dichiarati in gara, mediante soccorso istruttorio, è sufficiente rinviare al divieto di integrazione postuma dei requisiti, sancito dalla giurisprudenza amministrativa:

- **“deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti”** (Cons. Stato, V, 21 agosto 2023, n. 7870).
- **“In sede di gara pubblica non può ammettersi il soccorso istruttorio per la 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”** (Cons. Stato, V, 6 dicembre 2021, n. 8148).
- La “dichiarazione è stata resa dal concorrente del tutto consapevolmente, e della stessa lo stesso deve rispondere, in omaggio al principio generale di autoresponsabilità.

Né, in seguito all'accertamento da parte della stazione appaltante del mancato possesso del requisito speciale di capacità tecnico professionale per come dichiarato dal concorrente nell'offerta, era esigibile l'esperimento del soccorso istruttorio, atteso che: **“non è ... 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"** (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540).

- **"nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del favor participationis e del risultato non possono mai confliggere con il principio della par condicio fra i concorrenti"** (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2024, n. 1372).