

Pubblicato il 18/06/2025

N. 05343/2025REG.PROV.COLL.

N. 08945/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8945 del 2024, proposto da Tmg S.p.A. in proprio e quale Capogruppo di Rti con C.M.M. F.Lli Rizzi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0340A4EB4, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Borney, Rosario Scalise, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Siena, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Mammana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Granchi S.r.l., Scl Costruzioni e Montaggi S.r.l., Impresa Edile F.Lli Massai S.r.l., Costruzioni Edili Baraldini Quirino S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Francesco Bertini, Claudia Manfriani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) n. 1323/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Siena, di Granchi S.r.l., di Scl Costruzioni e Montaggi S.r.l., di Impresa Edile F.Lli Massai S.r.l. e di Costruzioni Edili Baraldini Quirino S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 maggio 2025 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate in atti da parte degli Avv.ti Borney, Bertini e Mammana;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Granchi S.r.l. ha partecipato alla gara per l'appalto CIG A0340A4EB4 (appalto integrato per la ricostruzione del ponte sulla S.R. 2 Cassia al km 249) in costituendo ATI con SCL Costruzioni e Montaggi S.r.l., Impresa edile F.Lli Massai, e Costruzioni Edili Baraldini Quirino S.p.A., indicando quali progettisti incaricati il RTP tra "ITEC" e altro professionista. La gara si è svolta con l'inversione procedimentale: dopo l'apertura delle offerte tecniche ed economiche la Granchi è risultata prima graduata mentre l'appellante è risultata seconda.

2. Riferisce l'appellante che, nella seduta dal 17 maggio 2024, la Commissione di Gara ha verificato il contenuto della documentazione amministrativa e ha rilevato la mancanza, fra la documentazione presentata dalla Granchi, del modello M1, destinato a indicare i requisiti tecnici speciali del gruppo di progettazione indicato dalla concorrente.

3. Costata la carenza documentale, il 17 maggio 2024 la Commissione di Gara attivava il soccorso istruttorio invitando la Granchi a presentare il modello M1 mancante. La ricorrente in primo grado provvedeva nell'immediatezza. La commissione di gara, quindi, in data 24 maggio 2024 proponeva l'aggiudicazione in favore del RTI Granchi.

4. Con atto del 31 maggio 2024 il RUP rilevava che nel modello M1 presentato da ITEC Engineering a seguito del soccorso istruttorio in relazione ai requisiti per la categoria certificata V.02 era stato indicato un importo totale relativo a due servizi pari ad euro 5.546.136,96, inferiore a quello richiesto dal disciplinare: in effetti, erano stati indicati due servizi per la categoria V.03 (equivalente alla V.02), uno per lavori del valore di euro 4.658.887,80 e il secondo per lavori del valore di euro 887.249,16.

5. Il RUP assegnava a Granchi termine di dieci giorni per la presentazione di osservazioni. Granchi, quindi, dava riscontro con nota di ITEC in data 5 giugno 2024.

6. In tale nota, ITEC Engineering, di fatto, riconosceva che nel modello M1 presentato a riscontro del soccorso istruttorio erano stati indicati servizi relativi alla categoria V.02 (o equivalente, nello specifico V.03) per un valore complessivo inferiore a quello richiesto dal disciplinare di gara: per la precisione era stato indicato un servizio di valore superiore (ma non pari al doppio) e uno di valore inferiore. La stessa ITEC, tuttavia, con la medesima nota, indicava un ulteriore servizio rientrante in tale categoria di valore sufficiente a raggiungere le condizioni minime indicate dal disciplinare, allegando una tabella nuova rispetto a quella precedentemente allegata e nuovi certificati di regolare esecuzione. Il RUP, rilevato che il nuovo servizio di progettazione indicato da ITEC non era stato invece indicato nel termine assegnato per il soccorso istruttorio, ha confermato l'esclusione. L'esclusione risultava confermata anche a seguito della richiesta di annullamento in autotutela da parte della ricorrente in primo grado.

7. Con ricorso in data 8 agosto 2024 la società Granchi S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'ATI costituendo con SCL Costruzioni e Montaggi S.r.l., Impresa edile F.lli Massai, e Costruzioni Edili Baraldini Quirino S.p.A., impugnava davanti al T.A.R. per la Toscana gli esiti della gara per l'appalto CIG A0340A4EB4 (appalto integrato per la ricostruzione del ponte sulla S.R. 2 Cassia al km 249) e, in particolare, l'atto con la quale la stessa era stata esclusa della gara per difetto dei requisiti tecnici in capo al gruppo di progettazione indicato. Il TAR accoglieva l'istanza di sospensione e, successivamente, con la sentenza qui gravata, annullava i provvedimenti impugnati.
8. Di tale sentenza, Tmg S.p.A. in proprio e quale Capogruppo di Rti con C.M.M. F.Lli Rizzi S.r.l. (d'ora in avanti anche solo TMG) ha chiesto la riforma con atto di appello affidato affidato a plurime censure.
9. Ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, Granchi s.r.l. La Provincia di Siena si è costituita chiedendo l'accoglimento dell'appello.
10. Alla udienza pubblica del 29 maggio 2025 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

11. Va preliminarmente osservato che il ricorso era stato trattato all'udienza pubblica del 27 febbraio 2025. Con ordinanza collegiale n. 2053, pubblicata il 12 marzo 2025, l'udienza di discussione era stata nuovamente fissata alla data del 29 maggio 2025 per la seguente motivazione: *“Rilevato che parte appellante non ha prodotto all'atto del deposito del ricorso in appello copia della sentenza impugnata; considerato che tale questione, in funzione dei correlati profili di ammissibilità dell'appello, è stata deferita all'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato giusta ordinanze n. 9116 del 2024 e n. 9225 del 2024;*

ritenuto che le questioni sollevate con le suddette ordinanze possano assumere rilievo anche nel presente giudizio, sicché va disposto il rinvio della discussione in attesa del deposito della decisione dell'Adunanza plenaria, davanti alla quale si è peraltro già celebrata l'udienza di discussione".

11.1. L'Adunanza Plenaria, con decisione 27 marzo 2025 n. 4 ha affermato il seguente principio di diritto: *"L'art. 94, comma 1, del codice del processo amministrativo non dispone l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'impugnazione, nel caso di mancato deposito della sentenza impugnata"*.

12. Nel merito, le questioni che l'appellante sottopone all'attenzione di questo Collegio sono le seguenti:

a) il TAR ha rilevato che nell'art. 5 del disciplinare, nella gara in questione, il soccorso istruttorio avrebbe avuto struttura "bifasica", poiché la S.A. aveva previsto che successivamente al soccorso istruttorio, *"ove il concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta"*, sarebbe stato possibile *"chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, fissando un termine perentorio a pena di esclusione"*; ad avviso dell'appellante, tuttavia, il T.A.R. Toscana ha errato nel ritenere che le ulteriori precisazioni o chiarimenti che era possibile richiedere potessero consistere anche in documenti nuovi e parzialmente diversi rispetto a quelli prodotti nella "prima fase" del soccorso istruttorio;

a.1.) l'interpretazione data dal Collegio di prime cure alla clausola 5 del disciplinare, pertanto, non pare corretta;

b) il TAR ha rilevato, inoltre, che *"la stazione appaltante, con l'art. 1.2 del disciplinare di gara, aveva stabilito che si sarebbe avvalsa, ai sensi dell'art. 107, co. 3, del codice dei contratti pubblici, dell'inversione procedimentale e che, dunque, avrebbe proceduto alla verifica della documentazione amministrativa del primo concorrente in graduatoria, con eventuale applicazione del soccorso istruttorio, solo dopo la valutazione delle offerte tecniche e l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche. Di conseguenza, al momento della valutazione degli esiti del soccorso istruttorio, la commissione giudicatrice era a conoscenza della indicazione, nei documenti componenti*

l'offerta tecnica, della realizzazione, da parte dell'ing. Vallarino, quale amministratore delegato, legale rappresentante e direttore tecnico di ITEC Engineering, del «Progetto di fattibilità tecnico economica delle opere stradali contenute nel programma straordinario di interventi per la ripresa e lo sviluppo del porto e le relative infrastrutture di accessibilità e per il collegamento intermodale dell'aeroporto C. Colombo con la Città di Genova – Committente: ADSPMLO - Importo Lavori: € 123.949.491,09»;

b.1.) la circostanza risponde al vero, ma ciò che si ritiene errato sono le conseguenze che il Collegio ha tratto da tale considerazione; l'inversione procedimentale risponde all'esigenza di semplificare e accelerare le procedure di gara ma non può diventare strumento per sovvertire del tutto i principi in materia di gare di appalto tra cui il divieto di commistione tra offerta tecnica, offerta economica e la documentazione volta a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione;

b.2.) il Collegio afferma che si possano “mescolare” busta amministrativa e offerta tecnica, traendo completamente dell'una con il contenuto dell'altra, il che pare una conclusione non condivisibile; negli allegati all'offerta considerati dal Collegio non era indicata la percentuale di realizzazione né la categoria del servizio considerato e pertanto non se ne poteva in alcun modo dedurre né l'adeguatezza economica né a quale categoria fosse riferibile rispetto alle prescrizioni del disciplinare;

c) il TAR, inoltre, ha affermato che *“la nota del RUP del 31.05.2024, contenente la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza ai sensi dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990, deve leggersi alla luce delle considerazioni appena svolte e delle disposizioni del disciplinare di gara. Infatti, dovendo escludersi l'applicabilità alle procedure di gara dell'istituto del c.d. “preavviso di rigetto” (argomentando da quanto stabilito dall'ultimo periodo dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990: cfr. TAR Campania, Salerno, sez. III, 7 dicembre 2023, n. 2882; TAR Umbria, 3 gennaio 2020, n. 18 e precedenti ivi citati), la nota del RUP non può intendersi in altro modo che come richiesta di ulteriori precisazioni o chiarimenti nell'ambito del*

subprocedimento di soccorso istruttorio unico, ma a struttura bifasica, disegnato dall'art. 5 del disciplinare di gara";

c.1.) il RUP, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, non ha chiesto chiarimenti in relazione ai servizi analoghi indicati nell'offerta tecnica, ma ha, sia pure, secondo il Collegio di prime cure, *"impropriamente"* preavvisato l'esclusione alla concorrente Granchi per difetto dei requisiti speciali in capo al gruppo di progettazione indicato; la comunicazione del RUP del 31 maggio 2024 era relativa alla diversa fase del procedimento relativa alla verifica dei requisiti, come espressamente indicato dalla comunicazione medesima: *"Oggetto del procedimento: Verifica requisiti aggiudicazione provvisoria"*; contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, quindi, il RUP non ha richiesto alla concorrente le "precisazioni o chiarimenti" in ordine al documento prodotto all'esito del soccorso istruttorio;

c.2.) che poi il gruppo di progettazione indicato fosse effettivamente in possesso dei requisiti speciali sarebbe circostanza del tutto irrilevante: detti requisiti non sono stati indicati né in alcun modo spesi ai fini della partecipazione alla procedura;

d) sarebbe errata la conclusione del TAR secondo la quale *"deve allora ritenersi che la dimostrazione del possesso del requisito di capacità speciale consistente nell'aver svolto due servizi di progettazione di "infrastrutture per la mobilità" (codice V.02) per l'importo di almeno € 2.821.815,77 ciascuno è intervenuta nel rispetto dei termini e delle condizioni poste dalle norme del disciplinare di gara relative al soccorso istruttorio"*;

d.1.) il RUP, organo competente, ha verificato il possesso dei requisiti e, constatato che con riferimento ai requisiti speciali del gruppo di progettazione, il concorrente aveva indicato requisiti insufficienti, ha rilevato il mancato possesso di tali requisiti; in tale fase, avviare un ulteriore soccorso istruttorio per consentire alla concorrente di modificare l'indicazione dei requisiti e produrre ulteriori documenti, sarebbe stato illegittimo.

13. Le critiche che l'appellante muove alla sentenza impugnata, così sintetizzate, possono essere esaminate congiuntamente poiché vertono su una sola questione in fatto e in diritto.

14. Intanto, è da condividere quanto affermato da Granchi S.r.l. nella memoria depositata il 10 dicembre 2024 (pagine 3 e 4), vale a dire che:

- a) *“la vicenda andava valutata alla luce di diverse peculiarità del caso”*;
- b) *“il servizio “Aeroporto Colombo” era già menzionato nell’offerta tecnica, quindi, non era del tutto omesso ab origine”*;
- c) *“l’assenza di vulnus alla procedura”*.

14.1. L’indicazione dei servizi richiesti, in sede di soccorso istruttorio, non rappresenta una modifica inammissibile dell’offerta in corso di gara, ben potendo il concorrente integrare la propria dichiarazione in merito al possesso dei requisiti speciali, allegando un mezzo di prova del requisito di cui al disciplinare, purché tale requisito sia posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda.

14.2. In questo particolare caso, il requisito era pacificamente posseduto, la sussistenza del requisito si ricavava agevolmente dal complesso della documentazione di gara e, soprattutto, alcun intralcio alla procedura si è concretizzato. L’esclusione pretesa dall’appellante e effettivamente disposta dalla stazione appaltante si è risolta in un mero formalismo. In modo del tutto condivisibile il primo Giudice, nel motivare l’accoglimento del ricorso di primo grado esordisce affermando che *“è incontestato e dunque pacifico (ai sensi dell’art. 64, co. 2, cod. proc. amm.) che il RTP ITEC Engineering, indicato dal RTI Granchi per la progettazione, possedeva, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, i requisiti relativi ai due servizi di punta per le categorie d’opera contrassegnate con il codice V.02 (infrastrutture per la mobilità) e per le soglie di valore previste dal punto 8.3 del disciplinare di gara”*.

14.3. Questa Sezione ha già avuto modo di affermare che il soccorso istruttorio – previsto in favore della massima partecipazione – non può tradursi in un meccanismo dilatorio della procedura di gara, a fronte del disinteresse o della mancata collaborazione di chi per primo è tenuto ad attivarsi. L'amministrazione è mossa, nelle procedure selettive, dal bisogno attuale e concreto di acquisire i servizi di cui necessita. Le procedure selettive postulano un dovere particolarmente intenso, in capo alle imprese partecipanti, di chiarezza e completezza espositiva sia nella presentazione della documentazione volta alla verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale sia nella formulazione e presentazione delle offerte sia nella fase di verifica dei requisiti. L'operatore economico negligente, oltre a violare i doveri di correttezza e buona fede cui è vincolato, arreca un oggettivo intralcio allo svolgimento della procedura che non può non essere tenuto nella debita considerazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 novembre 2024, n. 9063). Quel che però non è accaduto nella fattispecie in esame, in cui la stazione appaltante ha escluso, per un puro formalismo, un concorrente in possesso dei requisiti di partecipazione che, si ribadisce, non aveva arrecato alcun intralcio alla procedura.

14.4. Il soccorso istruttorio altro non è se non una collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione prevista, oltre che nel caso della rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete (art. 6, comma 1, lett. b) della L. n. 241/1990), proprio dall'art 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici. Si tratta di una collaborazione raccordata con il principio della fiducia, enunciato dall'art. 2 dello stesso Codice e che, in realtà, ha una valenza più generale in tutti i contesti nei quali si sviluppa una relazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati. Il principio della fiducia si fonda sull'idea che amministrazione e consociati rispettino le regole e si comportino di conseguenza in modo corretto gli uni verso gli altri e tutti insieme nei confronti dei terzi e della comunità. Si tratta di un dovere riconducibile all'art. 2

della Costituzione che vale sia per i funzionari pubblici sia per gli operatori privati sia per l'amministrazione sia per le organizzazioni dei cittadini.

14.5. Peraltro, il disciplinare di gara prevedeva espressamente che ove il concorrente avesse prodotto dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la Stazione appaltante poteva chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, fissando un termine perentorio a pena di esclusione, clausola in sostanza riproduttiva del Bando tipo ANAC.

14.6. Va ancora osservato che il divieto di commistione tra offerta tecnica/economica e documentazione amministrativa è richiamato dall'appellante, a sostegno delle proprie ragioni, in modo inconferente tenuto conto che, in disparte ulteriori considerazioni, proprio alla luce della *ratio* che lo ispira, il principio non va inteso in senso assoluto: il divieto di commistione (pur rilevando anche solo sotto il profilo potenziale) non deve essere inteso in senso meramente formalistico (Consiglio di Stato sez. VII, 1° luglio 2024, n. 5789).

15. Per le ragioni sopra esposte l'appello va respinto e, per l'effetto, va integralmente confermata la sentenza impugnata.

Le spese, vista l'esistenza di difficoltà di accertamento della vicenda fattuale controversa, idonea ad incidere sulla esatta conoscibilità a priori delle rispettive ragioni delle parti (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 780, Cass. civ., Sez. Unite, 30 luglio 2008, n. 20598), possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana n. 1323/2024.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO