

**Massima:** *La giurisprudenza amministrativa ammette infatti il soccorso istruttorio processuale per casi analoghi a quello in esame.*

*Questo istituto è ammissibile quando il Giudice verifichi che la stazione appaltante non è intervenuta in soccorso del concorrente, come sarebbe stata tenuta, ed eserciti i poteri istruttori per accertare, nel corso del processo, ciò che avrebbe dovuto essere accertato dall'amministrazione, durante il procedimento.*

*9.3.4. La giurisprudenza amministrativa ritiene siffatta verifica non violi il principio di par condicio tra i concorrenti, in quanto l'istituto "mira ad attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento del soccorso istruttorio" (Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; cfr., anche, più di recente, Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022, n. 7145; 14 marzo 2019, n. 1690; 8 giugno 2018, n. 3483; 10 aprile 2018, n. 2180; 11 dicembre 2017, n. 5826).*

## **Consiglio di Stato n. 2042 del 01/03/2024**



# **REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

**ha pronunciato la presente**

### **SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8423 del 2023, proposto dalla società -OMISSIS- s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Zimatec s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Donato Lettieri, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

**contro**

il Comune di -OMISSIS-, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Glauco Stagnaro, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia;

**nei confronti**

della società -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Corrado Mauceri, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Alberico II n. 33;

### **per la riforma**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS- e della società -OMISSIS- s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2024 il consigliere Michele Conforti e uditi per le parti gli avvocati come da verbale.

### **FATTO e DIRITTO**

1. Giunge alla decisione del Consiglio di Stato l'appello proposto dalla società -OMISSIS- avverso la sentenza del T.a.r. per la Liguria n. -OMISSIS-.

2. Il giudizio ha ad oggetto la legittimità degli atti della procedura di gara per l'affidamento del servizio di Direttore dell'esecuzione del contratto di igiene urbana e raccolta di rifiuti urbani nel "*bacino imperiese*" e, in particolare, del provvedimento di aggiudicazione emanato in favore della società -OMISSIS- s.r.l.

Nel giudizio sono state proposte anche le domande di condanna dell'amministrazione alla reintegrazione in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara, previa declaratoria di inefficacia del contratto "eventualmente stipulato" e subentro, o, in subordine, di condanna al risarcimento per equivalente.

Risulta proposta, infine, anche l'istanza per l'esibizione della documentazione tecnica presentata da -OMISSIS- s.r.l., richiesta con l'istanza di accesso del 28 dicembre 2022.

3. Si riassumono i fatti rilevanti per il giudizio.

3.1. Con la determina dirigenziale del 29 aprile 2022, n. 594, il Comune -OMISSIS- ha indetto la procedura ordinaria, ai sensi degli articoli 60 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, con il metodo di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa del contratto di "*affidamento del servizio di direttore per l'esecuzione del contratto per il servizio di igiene urbana e di raccolta rifiuti urbani nel bacino imperiese – CIG -OMISSIS-*".

3.2. All'esito delle operazioni di gara la commissione giudicatrice formulava la seguente graduatoria: -OMISSIS- 90.75 punti, RTI -OMISSIS- 85.5 punti, -OMISSIS- 77.7 punti.

3.3. Il RUP ha proceduto alla verifica di congruità dell'offerta della prima classificata dichiarandola congrua, come da verbale del 1° dicembre 2022.

3.4. Con la determina del 13 dicembre 2022 n. 1718, non comunicata all'impresa -OMISSIS- (e conosciuta da quest'ultima soltanto in data 28 dicembre 2022), il contratto è stato aggiudicato all'impresa -OMISSIS-.

3.5. In fatto, risulta rilevante evidenziare che il direttore tecnico dell'aggiudicataria -OMISSIS-, ingegner -OMISSIS-, era prima impiegato, con la mansione di direttore tecnico, nell'impresa ricorrente -OMISSIS-.

4. Con il ricorso notificato il 16 gennaio 2023 e depositato il 17 gennaio 2023, la società -OMISSIS- ha impugnato gli atti della procedura indetta dal Comune di -OMISSIS- per l'affidamento del servizio, formulando tre motivi di ricorso, di cui uno finalizzato all'ostensione dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

4.1. Sia il Comune di -OMISSIS- sia -OMISSIS- s.r.l. si sono costituiti in giudizio, resistendo al ricorso.

4.2. Nel corso del giudizio, in data 6 febbraio 2023, il Comune ha trasmesso alla ricorrente -OMISSIS- l'offerta tecnica dell'aggiudicataria -OMISSIS- in versione integrale.

4.3. Con l'ordinanza n. -OMISSIS- il T.a.r. ha dichiarato la cessazione della materia del contendere sull'*actio ad exhibendum* proposta con il secondo motivo del ricorso.

4.4. Con il ricorso per motivi aggiunti notificato e depositato il 28 febbraio 2023, -OMISSIS- ha formulato due ulteriori motivi di impugnazione.

4.5. Con la successiva istanza, notificata e depositata il 12 maggio 2023, la società -OMISSIS- ha chiesto di acquisire agli atti del giudizio la relazione tecnica elaborata dal perito nominato dalla Procura della Repubblica nel procedimento penale a carico di un impiegato della ditta aggiudicataria.

5. Con la sentenza n. -OMISSIS-, il T.a.r. ha respinto il ricorso, i motivi aggiunti e ha compensato le spese tra le parti.

5.1. Segnatamente, il Giudice di primo grado:

a) in accoglimento dell'eccezione sollevata dalla controinteressata, ha dichiarato la tardività del deposito dei documenti effettuato dalla ricorrente il 3 e 10 luglio 2023, mentre ha dichiarato di acquisire d'ufficio il documento depositato il 4 luglio 2023 (l'attestazione inviata dal Comune di -OMISSIS- al Comune di -OMISSIS-, inerente al servizio di direzione dell'esecuzione del contratto di igiene urbana svolto dalla società -OMISSIS-);

b) ha esaminato e respinto il primo motivo di ricorso e dei motivi aggiunti, con cui si è dedotto che la controinteressata non avrebbe potuto avvalersi delle referenze del proprio ingegnere tecnico (già direttore tecnico della ricorrente), e ha ritenuto che:

i.1) il requisito economico-finanziario richiesto dalla *lex specialis* sia stato adeguatamente provato dalla società controinteressata, mediante la produzione in giudizio (in applicazione del "*soccorso istruttorio processuale*") dei redditi professionali del direttore tecnico ingegner -OMISSIS-;

i.2) la società controinteressata -OMISSIS-, negli anni 2020 e 2021, ha già ottenuto ricavi delle prestazioni professionali pari ad € 446.422,00, sufficienti a coprire il livello minimo di fatturato richiesto dalla *lex specialis*;

ii.1) ha dichiarato inammissibile per genericità il primo motivo di ricorso, relativamente alla censura relativa alla mancanza del requisito tecnico-professionale;

ii.2) la censura proposta debba essere comunque dichiarata infondata nel merito, in quanto il direttore tecnico della società di ingegneria può far valere nella gara d'appalto le referenze acquisite nell'ambito dell'attività svolta presso la società di ingegneria, presso cui ha lavorato in precedenza, e, nel caso di specie, vi è prova in atti che il direttore tecnico della controinteressata ha assunto l'incarico di direttore dell'esecuzione di contratti di igiene urbana e ha firmato la relativa documentazione;

c) ha esaminato insieme e respinto il primo motivo di ricorso e dei motivi aggiunti, relativamente alla censura con la quale la ricorrente deduce la mancata esclusione di -OMISSIS- per avere in tesi fornito alla stazione appaltante informazioni false e/o fuorvianti, in quanto, malgrado l'inesattezza di alcune delle informazioni dichiarate:

i) la giurisprudenza costante esclude ogni automatismo espulsivo in caso di informazioni non veritiere;

ii) è palese l'irrelevanza di tali dichiarazioni ai fini del possesso non solo dei requisiti economici, ma anche di quelli tecnico-professionali, per i quali -OMISSIS- ha indicato servizi di direttore per l'esecuzione del contratto, espletati dall'ing. -OMISSIS- a decorrere dal 2017, vale a dire quando era socio professionista e direttore tecnico di -OMISSIS-, rimanendo irrilevante che sia stato coadiuvato da altre figure professionali dell'impresa aggiudicataria presso cui lavorava in precedenza;

iii) non è dedotto e provato che l'aggiudicataria avrebbe conseguito un punteggio più elevato per l'offerta tecnica "*per effetto delle indicazioni inesatte*";

d) ha esaminato e respinto il terzo motivo di ricorso, relativo alla mancata comunicazione di una vicenda penale, riguardante l'asserita commissione di un falso ideologico nella predisposizione del progetto di una discarica da parte di un geologo dipendente dalla società aggiudicataria, poi assolto, in quanto:

i) "*non sussiste alcun illecito penale del geologo, né alcuna omissione dichiarativa di -OMISSIS- inerente ad un grave illecito professionale da fatto di reato, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, essendo il procedimento penale esitato in un provvedimento di archiviazione*";

ii) l'obbligo dichiarativo inerente a profili di affidabilità professionale dell'impresa, per fatti potenzialmente rilevanti in ambito penale, "*riguarda le figure soggettive contemplate dall'art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 (titolari di cariche apicali o, in determinati casi, soci), oppure il soggetto che, al di là di un'investitura formale e della quota posseduta, riveste un ruolo dominante all'interno della compagine societaria (c.d. teoria del socio sovrano: cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471)*", e, nel caso di specie, la ricorrente non ha allegato che il dipendente, semplice collaboratore dell'aggiudicataria "*privo di poteri di rappresentanza, direzione o controllo [...] esercita poteri di influenza sulla società*";

e) ha conseguentemente respinto l'istanza di -OMISSIS- di acquisizione della perizia redatta dal consulente della Procura nel succitato procedimento penale, in quanto del tutto ininfluyente;

f) ha dichiarato inammissibile il secondo motivo dei motivi aggiunti, in quanto *“il II) mezzo del gravame ex art. 43 c.p.a. appare frutto di un refuso, giacché reca una censura di illegittimità derivata, nonostante il ricorso contenga unicamente motivi aggiunti c.d. propri...”*.

6. La società ricorrente ha impugnato la sentenza di primo grado, formulando tre motivi di appello.

6.1. Si sono costituiti in giudizio il Comune e la controinteressata, resistendo al ricorso.

6.2. Con la memoria del 17 novembre 2023, il Comune ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. le eccezioni pregiudiziali non esaminate.

6.3. Con la memoria del 22 dicembre 2023, la controinteressata ha formulato due eccezioni di inammissibilità.

6.4. In data 22 dicembre 2023, la società appellante e il Comune hanno depositato una memoria difensiva nella quale hanno ulteriormente illustrato le rispettive deduzioni.

6.5. Il 29 dicembre 2023, la società -OMISSIS- e il Comune hanno depositato le loro repliche, mentre il 30 dicembre 2023 ha fatto altrettanto la società -OMISSIS-.

7. All'udienza dell'11 gennaio 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

7.1. In via pregiudiziale, si evidenzia che le eccezioni di inammissibilità proposte dal Comune e dalla società controinteressata hanno ad oggetto le singole censure proposte dall'appellante, sicché il Collegio ritiene di esaminarle pregiudizialmente al motivo di impugnazione a cui si riferiscono.

7.2. Diversamente, va accolta l'eccezione di inammissibilità del deposito dei documenti, effettuato dalla società appellante in data 30 dicembre 2023, proposta dalla società -OMISSIS-, in quanto allegazione probatoria avvenuta in violazione dell'art. 104, comma 2, c.p.a.

Il Collegio non ritiene indispensabili ai fini della decisione i documenti prodotti né la parte ha dimostrato di non averli potuti depositare in precedenza.

8. Può procedersi con l'esame dei motivi di appello proposti dalla società -OMISSIS-.

9. Con il primo motivo, articolato in due censure (indicate dalle lettere “A” e “B”) ciascuna delle quali ulteriormente articolata in più sotto-censure, l'appellante deduce quanto segue.

9.1. Relativamente alle censure indicate con la lettera “A”, con la prima sotto-censura (estesa da pagina 6 a pagina 10) si impugna la sentenza per non aver ritenuto che la falsa dichiarazione circa i redditi del direttore tecnico avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara.

9.1.1. La censura in esame è infondata, il che consente di non esaminare l'eccezione di inammissibilità formulata dalla società -OMISSIS-, con la memoria del 22 dicembre 2023, per ragioni di economia processuale.

9.1.2. Può essere infatti accolta la difesa della società appellata, secondo cui non può affermarsi la sussistenza di un falso, nel caso di inesattezza, incompletezza o irregolarità delle dichiarazioni effettuate nella procedura di gara.

9.1.3. In tali ipotesi, infatti, secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, che si richiama anche ai sensi degli artt. 74, comma 1, e 88, comma 2, lett. d), c.p.a. e con valore di precedente giurisprudenziale conforme, la dichiarazione non può reputarsi “falsa” (Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019 n. 2242; Sez. V, 21 agosto 2017, n. 4048) e, pertanto, le conseguenze che ne discendono non sono quelle prospettate dall’appellante in punto di esclusione dell’impresa dal procedimento di gara.

9.2. Con la seconda sotto-censura (estesa da pagina 10 a pagina 11), si impugna la sentenza per aver affermato che tutti gli importi dichiarati dal direttore tecnico dell’aggiudicataria potessero essere computati nel requisito economico, mentre, secondo l’appellante, si sarebbe dovuto tenere conto soltanto di quelli maturati per lo svolgimento di “*servizi analoghi*” a “*quelli posti a base di gara*”.

9.2.1. La censura in esame è infondata.

9.2.2. Riguardo alla censura in esame, il Comune ha fondatamente controdedotto che per il requisito economico di cui all’art. 7.2, la *lex specialis* ha richiesto “*generico riferimento al "fatturato globale minimo per servizi di ingegneria e di architettura" – senza alcuna ulteriore delimitazione – e non già al fatturato per servizi analoghi (richiesto invece dall’art. 7.3 in relazione al requisito di capacità tecnica)*” (pag. 4 memoria del 22 dicembre 2023 del Comune), sicché la censura di parte va respinta.

Risulta, altresì, che i compensi fatti valere per comprovare il requisito di partecipazione alla gara risulterebbero pienamente conformi alla *lex specialis*, in quanto si tratta di compensi percepiti per “*per attività rese nell’ambito del codice ATECO 72.19.09, riconducibile a "Ricerca e sviluppo sperimentale nel campo delle altre scienze naturali e dell’ingegneria", e dunque con riferimento a "servizi di ingegneria e di architettura", come richiesto dalla legge di gara*”.

Tale affermazione non ha ricevuto adeguata contestazione da parte dell’appellante.

9.3. Con la terza sotto-censura (estesa da pagina 11 a pagina 13), si impugna la sentenza per aver ritenuto ammissibile il soccorso istruttorio processuale. Si assume, in particolare, l’*error in iudicando* del T.a.r. per aver ammesso il soccorso istruttorio in un caso in cui esso non fosse finalizzato a chiarire l’offerta economica presentata, bensì a “*provare a sopperire alle false dichiarazioni rese o comunque a sopperire alle omissioni di allegazioni dovute in gara ed obbligate dal disciplinare*”, sostituendo, in sostanza, l’originaria offerta con una nuova offerta.

9.3.1. La censura in esame è infondata.

9.3.2. L’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile *ratione temporis*, disciplina il soccorso istruttorio che viene ammesso per le cd. “*irregolarità essenziali sanabili*” e non per quelle “*non sanabili*”. Quest’ultime sono riferite ad elementi e documenti relativi all’offerta tecnica ed economica, nonché alle “*carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*”.

9.3.3. La giurisprudenza amministrativa ammette infatti il soccorso istruttorio processuale per casi analoghi a quello in esame.

Questo istituto è ammissibile quando il Giudice verifici che la stazione appaltante non è intervenuta in soccorso del concorrente, come sarebbe stata tenuta, ed eserciti i poteri istruttori per accertare, nel corso del processo, ciò che avrebbe dovuto essere accertato dall'amministrazione, durante il procedimento.

9.3.4. La giurisprudenza amministrativa ritiene siffatta verifica non violi il principio di *par condicio* tra i concorrenti, in quanto l'istituto "*mira ad attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l'obbligatorio procedimento del soccorso istruttorio*" (Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; cfr., anche, più di recente, Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022, n. 7145; 14 marzo 2019, n. 1690; 8 giugno 2018, n. 3483; 10 aprile 2018, n. 2180; 11 dicembre 2017, n. 5826).

Nella giurisprudenza di questo Consiglio, vi è concordia nel ritenere che l'istituto sia finalizzato a supplire "*a carenze di natura formale...*" (Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2242) o a "*inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara*" (Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2020 n. 2146), in modo da evitare di pregiudicare l'operatore "impreciso" ma "affidabile", mentre non può costituire "*una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara*" (Cons. Stato, III, 19 agosto 2020, n. 5144; V, 13 maggio 2019, n. 1030 e, più di recente, Cons. Stato n. 7145 del 2022 cit.).

9.3.5. Quanto alla possibilità di esercitare il soccorso istruttorio relativamente ai requisiti di partecipazione non correttamente dichiarati, in termini pressoché coincidenti con la vicenda scrutinata nel presente processo si pone la pronuncia della Sesta Sezione di questo Consiglio n. 1306 del 24 febbraio 2022, riguardante l'esercizio del soccorso istruttorio procedimentale relativamente al "*...possesso in proprio di un requisito (il fatturato) posseduto ex ante*", mediante il deposito nel procedimento di gara dei bilanci, nella quale si è puntualizzato che "*...nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi – segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti – che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra 'regolarizzazione', generalmente ammessa, ed 'integrazione' documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un vulnus del principio di parità di trattamento tra i concorrenti.*"

*Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure*".

Secondo la pronuncia richiamata il soccorso istruttorio sarebbe possibile "*non soltanto per 'regolarizzare', ma anche per 'integrare' la documentazione mancante*", a meno che non si tratti di "*carenze e irregolarità*" che attengono "*all'offerta economica e all'offerta tecnica*" e alle "*carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*".

9.3.6. I principi richiamati, che il Collegio condivide e ritiene pienamente congruenti all'odierna controversia, determinano il rigetto della censura in esame.

9.4. Con la doglianza indicata con la lettera “B”, l’appellante deduce, con la prima censura (estesa da pagina 13 a pagina 17), che i documenti reddituali del direttore tecnico dell’aggiudicataria non soddisferebbero le norme dell’art. 7.2. e dell’art. 7.3. del disciplinare di gara che avrebbe funzionalizzato il requisito economico del “fatturato globale” ai “servizi di ingegneria e di architettura”.

Secondo l’appellante, “La norma di *lex specialis* di gara, dunque, richiedeva una specifica qualificazione per i requisiti economici finanziari e tecnico organizzativi e lo specifico onere di dimostrare di soddisfare entrambe le condizioni (*recte*: requisiti) di partecipazione”.

9.4.1. La censura in esame è infondata.

9.4.2. Il Collegio ritiene infatti che questa censura riproponga il medesimo motivo di impugnazione già esaminato e respinto ai §§. da 9.2. a 9.2.2., al quale può dunque si rimanda per ragioni di sintesi, ai sensi dell’art. 3, comma 2, c.p.a..

9.5. Con la seconda censura (estesa da pagina 17 a pagina 18), si censura che “che l’ing. -OMISSIS- ha dichiarato di possedere dei requisiti di qualificazione riferibili alla -OMISSIS- e che, in generale, la -OMISSIS- non possiede proprio i requisiti necessari alla partecipazione, potendo, “sfruttare” quelli dell’ing. -OMISSIS-” e si comprova tale deduzione, evidenziandosi che l’ingegnere dell’aggiudicataria sarebbe stato coadiuvato da altri dipendenti della società appellante.

Si soggiunge che “Identica considerazione vale per la -OMISSIS-. I volumi d’affari che dovevano essere certificati erano quelli per servizi di progettazione o servizi DEC”.

9.5.1. La censura in esame è inammissibile.

9.5.2. In punto di diritto, va evidenziato che: “L’art. 101 c.p.a. dispone che l’appello contenga le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata dei quali si domanda la riforma.

(...) La norma impone che le ragioni della decisione, esposte nella motivazione della sentenza, siano sottoposte ad un puntuale vaglio critico, volto a metterne in risalto, al Giudice del grado successivo, l’erroneità in punto di fatto o in punto di diritto (Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2020, n. 5208; sez. V, 26 marzo 2020, n. 2126; sez. IV, 24 febbraio 2020, n. 1355).

(...) Risulta invece necessario, ai fini dell’ammissibilità dell’impugnazione, che la parte appellante sviluppi una critica, sia pure in forma libera, alla ricostruzione fattuale e/o alle motivazioni giuridiche in ragione delle quali il T.a.r. ha ritenuto di disattendere i motivi di ricorso originariamente proposti” (Cons. Stato, sez. IV, 16 dicembre 2021 n. 2698).

9.5.3. Al paragrafo 2.2.2. della pronuncia gravata, il T.a.r. ha motivato le ragioni per le quali i requisiti maturati nello svolgimento dell’attività professionali presso la società -OMISSIS- sarebbero integralmente attribuibili (e, dunque, fruibili) dall’ingegner -OMISSIS-, rilevando che “...in base all’organigramma di -OMISSIS-, la direzione tecnica della società era affidata in via esclusiva all’ing. -OMISSIS-”, puntualizzando, con riferimento agli appalti svolti presso i Comuni di -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, che l’ingegner -OMISSIS- ha svolto l’incarico di direttore dell’esecuzione dei contratti di igiene urbana, ed affermando che “-OMISSIS- non ha dedotto né, tantomeno, dimostrato che i professionisti di cui si serviva in ausilio all’ing. -OMISSIS- abbiano firmato in via esclusiva i documenti tecnici, con la connessa assunzione di responsabilità”, essendo quest’ultimi “meri collaboratori”.



9.5.4. Il motivo di impugnazione in esame non articola, pertanto, una compiuta critica alla motivazione fornita dal T.a.r. per respingere l'equivalente censura di primo grado e, in ragione di ciò, va dichiarata inammissibile.

10. Con il secondo motivo di appello, si articolano due censure (indicate con la lettera "A" e la lettera "B").

10.1. Quanto alla censura indicata con la lettera "A" (estesa da pagina 18 a pagina 24), l'appellante deduce la violazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 50/2016 e sostiene che la sentenza avrebbe erroneamente ritenuto "*spendibili*", da parte dell'aggiudicataria, i requisiti che non sarebbero ascrivibili all'allora direttore tecnico ingegnere -OMISSIS-, ma all'impresa ricorrente-appellante -OMISSIS-, presso cui questi lavorava per il periodo preso a riferimento nell'appalto.

10.1.1. Quanto alla censura indicata con la lettera "B" (estesa da pagina 24 a pagina 30), la società appellante deduce di non aver sostenuto che il direttore tecnico dell'aggiudicataria non potesse per nulla beneficiare della pregressa esperienza avuta come direttore tecnico presso la ricorrente-appellante, mentre di aver dedotto che non potessero "duplicarsi" i requisiti della società ricorrente, anche a favore della società controinteressata.

Secondo l'appellante, "*In pratica, quello che si è sostenuto è che -OMISSIS- avesse "immesso" in -OMISSIS- l'INTERO fatturato di -OMISSIS- e cioè anche quello per il quale lo stesso Ing. -OMISSIS- aveva sempre convenuto di non aver svolto alcun ruolo per tale fatturato accettando, di conseguenza, che a tale fatturato non fosse applicato il contributo Inarcassa*", offrendosi, nel prosieguo della censura, argomenti in fatto e in diritto a sostegno di questa deduzione.

10.2. Le censure, che si prestano ad una disamina congiunta, sono infondate, il che consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità formulata dal Comune.

10.2.1. L'art. 46, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, applicabile, *ratione temporis*, alla procedura di gara in esame, disponeva che "*Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali, nonché dei soggetti di cui alla lettera d-bis) del comma 1 i cui requisiti minimi sono stabiliti, nelle more dell'adozione del decreto di cui all'articolo 216, comma 27-octies, con decreto del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili*".

10.2.2. La questione controversa si sostanzia, in sintesi, nel significato che deve assumere il termine "requisiti", ossia se esso faccia riferimento al "fatturato" del direttore tecnico nel periodo in cui ha lavorato presso la precedente società di capitali e preso in considerazione dal bando di gara (tesi della società -OMISSIS-) oppure faccia riferimento al valore economico (importo posto a base di gara) degli appalti gestiti nella qualità di direttore tecnico per conto della società presso cui lavorava in precedenza (tesi della società -OMISSIS-).

10.2.3. Preliminarmente, il Collegio evidenzia che la questione dedotta con la censura d'appello riguarda soltanto il requisito di capacità tecnica e professionale, in quanto a seguito dell'espletamento del soccorso istruttorio processuale è risultato accertato che l'ingegnere -OMISSIS- ha dichiarato, nel quinquennio 2017-2021, redditi per una somma superiore a quella di

euro 375.408,00 richiesta dall'art. 7.2. del bando (cfr. memoria -OMISSIS- del 5 luglio 2023 e documentazione reddituale depositata il 15 febbraio 2023).

Il Collegio ritiene che questo accertamento risulti privo di errori in fatto o in diritto e vada perciò confermato.

10.2.4. Con esclusivo riferimento al requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 7.3., il Collegio rileva che la motivazione della sentenza di primo grado risulta corretta in diritto e in fatto, nonché priva di vizi logici o di motivazione.

10.2.5. Il T.a.r. ha ritenuto preferibile la seconda delle interpretazioni sopra riportate, rilevando in proposito che il professionista che ha firmato o controfirmato la documentazione tecnica relativa alla commessa se ne assume la relativa responsabilità. Egli, inoltre, ricopre la “*carica tecnica di vertice*” ed è “*legato all'operatore economico da un rapporto di vera e propria immedesimazione organica oltre a rispondere direttamente nei confronti dell'Amministrazione committente, in solido con l'impresa appaltatrice, se, come di regola accade, egli sottoscrive o, comunque, controfirma gli elaborati progettuali*” (§. 2.2.1. della sentenza del T.a.r.).

10.2.6. Si aggiunge, in proposito, che tra le due interpretazioni della disposizione in esame propugnate dalle parti, la seconda risulta essere quella più aderente al dato testuale dell'art. 46, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7.3. del disciplinare di gara, oltre che più pertinente alla finalità che si la previsione nei bandi di gara di siffatto requisito è preordinata a perseguire.

Con riferimento al criterio di interpretazione letterale, si evidenzia che l'art. 46, comma 2, d.lgs. n. 50/2016 fa generico riferimento ai “*requisiti...dei direttori tecnici*”.

Nel caso di specie, per dare concretezza al lemma “requisito”, si deve fare riferimento alla clausola del disciplinare di gara da applicare che, nel caso di specie, prende in considerazione “*l'esecuzione di...servizio di ingegneria...analoghi a quelli oggetto di affidamento per un importo complessivo pari all'importo posto a base di gara, ovvero ad € 1.027.158,00*”. Conseguentemente, non è il “fatturato” del singolo direttore tecnico a venire in rilievo (come argomenta l'appellante), ma l'esecuzione di contratti per l'importo previsto dalla *lex specialis*.

Con riguardo al richiamato argomento teleologico, si evidenzia che quel che rileva con riferimento al requisito tecnico-professionale, quanto all'interesse della stazione appaltante (che bandisce la gara per selezionare il miglior contraente possibile e, a questo fine, si suppone che predisponga i documenti di gara e la clausola del bando da applicare), è verificare che l'impresa sia in grado di assumere e portare a termine il contratto bandito da un punto di vista tecnico-professionale. Ciò che importa è, pertanto, che l'impresa partecipante disponga della professionalità per svolgere l'appalto e ciò è “presuntivamente” dimostrato alla stazione che ha bandito la gara, con la dimostrazione, da parte dei concorrenti, di avere già assunto e svolto, in precedenza, appalti di analoga portata a quella in cui concorrere o di avere a disposizione personale che ha già svolto servizi analoghi in passato. Conseguentemente, quel che rileva nell'interpretazione dell'art. 46, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, è che il direttore tecnico abbia già svolto la sua attività in appalti equivalente a quello del valore economico individuato dal bando e non quanto egli abbia personalmente guadagnato o fatturato alla società presso cui lavorava.

Questa interpretazione risulta corroborata dal dato normativo di cui all'art. 58, paragrafo 4, della direttiva n. 24/2014/UE, che dispone che: “*Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza*”.

*comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza*”, facendo, per l’appunto, riferimento all’esecuzione dei contratti.

10.2.7. Non risulta fondato l’argomento incentrato sulla paventata duplicazione dei requisiti.

Tale eventualità, infatti, è presa in considerazione dalla norma applicata e temperata con la previsione del limite temporale del quinquennio entro cui i requisiti maturati nella pregressa esperienza professionale possono farsi valere. Né, inoltre, di questa esperienza possono avvalersi ulteriori imprese, in quanto *“il venir meno, per qualsiasi causa, del rapporto con la società comporterà automaticamente l’impossibilità, per quest’ultima, di continuare ad avvalersi, da quel momento in poi, del regime di cui alla norma esaminata”* (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2017 n. 5944).

11. Con il terzo motivo di appello, si censurano, infine, i punti del capo della sentenza che ha respinto il terzo motivo di ricorso, evidenziandosi, da un lato, che l’onere dichiarativo sussisterebbe anche nel caso in cui il dipendente dell’impresa sia stato assolto nel processo penale che lo ha riguardato e, dall’altro, che l’onere dichiarativo sussisterebbe anche per dipendenti dell’impresa che non rivestono ruoli o funzioni di vertice.

11.1. La censura in esame è inammissibile.

11.2. La società appellante ripropone la censura già decisa in primo grado senza però argomentare, in maniera critica, sulle ragioni per le quali la sentenza di primo grado andrebbe riformata.

11.3. Richiamati i principi in diritto già esposti al §. 9.5.2., si evidenzia, in proposito, che l’appellante non chiarisce quali siano le circostanze che renderebbero rilevante, ai fini del giudizio di affidabilità dell’impresa partecipante alla procedura di evidenza pubblica, il procedimento penale conclusosi con il provvedimento di archiviazione.

L’appellante insiste sulla rilevanza della vicenda sottostante al processo penale, senza però addurre alcun rilevante elemento a sostegno della deduzione e ventilando, del tutto ipoteticamente e senza fornirne prova, la possibile responsabilità professionale, amministrativa e civile del dipendente.

11.4. Inoltre, non risultano formulate compiute critiche alla *ratio decidendi* che il T.a.r. ha enunciato per respingere la censura, ossia che l’onere dichiarativo riguarda soltanto *“le figure soggettive contemplate dall’art. 80, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 (titolari di cariche apicali o, in determinati casi, soci), oppure il soggetto che, al di là di un’investitura formale e della quota posseduta, riveste un ruolo dominante all’interno della compagine societaria (c.d. teoria del socio sovrano: cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 27 novembre 2020, n. 7471)”*, limitandosi, parte appellante, ad evidenziare che l’impiegato sottoposto al procedimento penale poi archiviato *“doveva svolgere ed anzi sta svolgendo l’attività di controllo in loco dei servizi di igiene urbana per conto di -OMISSIS-”*.

Tale ultima affermazione, tuttavia, non indica quale sarebbe l’*error in iudicando* in cui sarebbe incorso il T.a.r. nell’indicare, ai sensi dell’art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, nei soli *“titolari di cariche apicali o, in determinati casi, soci”* oppure nel *“soggetto che, al di là di un’investitura formale e della quota posseduta, riveste un ruolo dominante all’interno della compagine societaria”* le sole figure soggettive rilevanti ai fini dell’onere dichiarativo.

12. In conclusione, dunque, l’appello deve essere respinto.

13. Le spese del presente grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 8423/2023, lo respinge.

Condanna l'appellante alla rifusione, in favore di ciascuna delle parti appellate, delle spese del giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e rimborso spese generali al 15%), in favore di ciascuna delle parti appellate costituite.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone fisiche e giuridiche nominate in sentenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Michele Conforti, Consigliere, Estensore

Luigi Furno, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Michele Conforti**

**IL PRESIDENTE**  
**Vincenzo Lopilato**