

Publicato il 07/09/2023

**N. 08198/2023REG.PROV.COLL.
N. 02293/2023 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 in appello numero di registro generale 2293 del 2023, proposto da Zatti Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 86849886D2, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Greggio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pernumia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Italo Begozzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Este, via Cavour n. 2;

nei confronti

Agsm Aim Smart Solutions S.r.l., Gds Lighting S.r.l., Barbin Impianti S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Cesare Righetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Verona, corso Cavour n. 32;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), 6 febbraio 2023, n. 154, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pernumia, di Agsm Aim Smart Solutions S.r.l., Gds Lighting S.r.l. e Barbin Impianti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2023 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Greggio, Begozzo e Sansone, in delega dell'avvocato Righetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società *Zatti Impianti S.r.l.* ha proposto al Comune di Pernumia un intervento in *project financing*, per i lavori di efficientamento della rete di illuminazione pubblica comunale e per la gestione del servizio della stessa. All'esito della procedura per l'affidamento della concessione (procedura aperta di cui all'art. 60 del codice dei contratti pubblici approvato col d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con diritto di prelazione da parte del promotore ai sensi dell'art. 183, comma 15, del medesimo decreto legislativo), la gara è stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo AGSM, mentre la *Zatti Impianti* si è classificata al secondo posto. Questa, in quanto promotrice dell'iniziativa, ha esercitato il diritto di prelazione. Con determinazione n. 108 del 5 luglio 2022, il Comune ha disposto l'aggiudicazione in favore della *Zatti Impianti*.

2. Con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, AGSM ha impugnato l'aggiudicazione in quanto la *Zatti Impianti* doveva essere esclusa per non aver allegato alla domanda di partecipazione la prova del pagamento del contributo a favore dell'ANAC (art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266), omissione che non poteva essere sanata col

soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici, illegittimamente attivato d'ufficio dalla stazione appaltante sull'erroneo presupposto di una mancanza di chiarezza del disciplinare.

3. Il T.a.r. per il Veneto, respinte le eccezioni preliminari di rito, ha accolto il ricorso nella considerazione che l'offerta della Zatti Impianti doveva essere esclusa per il mancato versamento del contributo Anac e che, in caso di offerta inammissibile del promotore, questi non può essere validamente ammesso a esercitare l'opzione di cui all'art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici.

4. La società, rimasta soccombente, ha proposto appello censurando la sentenza sotto diversi profili e chiedendone la riforma.

5. Si è costituito in giudizio il Comune di Pernumia, concludendo per l'accoglimento dell'appello.

6. Resistono in giudizio Agsm Aim Smart Solutions S.r.l., Gds Lighting S.r.l. e Barbin Impianti S.r.l., chiedendo che l'appello sia respinto.

7. All'udienza del 18 luglio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Con il primo motivo di appello, la Zatti Impianti reitera l'eccezione di rito sollevata in primo grado con la quale rileva l'inammissibilità del ricorso per acquiescenza, avendo la AGSM – prima di proporre il ricorso – richiesto al Comune il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta (art. 183, comma 15, ultimo periodo, e comma 9 del codice dei contratti pubblici); il che integrerebbe un comportamento concludente incompatibile con la volontà di contestare l'esercizio della prelazione da parte della promotrice (odierna appellante) e l'aggiudicazione della gara alla medesima.

9. Con il secondo motivo, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza sia per non aver rilevato che il disciplinare non prevede espressamente come causa di esclusione o di inammissibilità dell'offerta l'omesso versamento o l'omessa allegazione della ricevuta del versamento del contributo ANAC, sia per non aver rilevato che nel caso di specie la stazione appaltante ha

proceduto col soccorso istruttorio, circostanza sulla quale il primo giudice non si è pronunciato

In ogni caso, la formulazione ambigua del disciplinare avrebbe imposto una interpretazione della *lex specialis* diretta a garantire la massima partecipazione, e la legittimità del soccorso istruttorio consentito dall'amministrazione appaltante.

10. Con il terzo motivo, in via subordinata e per l'ipotesi che si interpretasse il disciplinare (art. 16 punto 4) nel senso che preclude il ricorso al soccorso istruttorio per acquisire il versamento del contributo Anac, la Zatti Impianti eccepisce la nullità della predetta clausola del disciplinare, per contrasto con la norma imperativa dell'art. 83, comma 9, e del comma 8 della medesima disposizione in tema di tassatività delle cause di esclusione.

11. Con il quarto motivo, impugna il capo della sentenza che ha accolto la domanda di inefficacia e di subentro nel contratto eventualmente stipulato tra il Comune e la Agsm.

12. È fondata e assorbente la censura con la quale si deduce la legittimità del soccorso istruttorio attivato dall'amministrazione aggiudicatrice.

12.1. Si osservi che il primo giudice non esamina la questione della ammissibilità e legittimità del soccorso istruttorio nel caso di specie, pur essendo pacifico che l'aggiudicazione alla *Zatti Impianti* è avvenuta previo soccorso istruttorio con il quale la stazione appaltante ha chiesto di integrare la documentazione di gara mediante la presentazione della ricevuta del versamento del contributo all'Anac.

12.2. Peraltro, la giurisprudenza afferma costantemente che il testo dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (che prevede l'obbligo del versamento Anac, a pena di esclusione), «*non esclude l'interpretazione, eurounitariamente orientata, che il versamento condizioni bensì l'offerta ma che lo stesso possa essere anche tardivo*», ovvero sanabile con il soccorso istruttorio, in quanto trattasi di elemento estraneo al contenuto dell'offerta e quindi sottratto alle preclusioni poste dall'art. 83, comma 9, secondo periodo del codice dei

contratti pubblici (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2018, n. 2386; e di recente si veda Consiglio di Stato, sez. III, 3 febbraio 2023, n. 1175).

12.3. L'omessa allegazione della documentazione di gara, o la sua incompletezza, anche ove tale adempimento sia richiesto dalla *lex specialis* (o dalla legge, come nel caso di specie) a pena di esclusione, lungi dal consentire l'adozione del provvedimento di esclusione dell'operatore economico dalla procedura, costituisce, piuttosto, il presupposto - ai sensi dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici e dell'art. 56, comma 3, della direttiva 24/2014/UE del 26 febbraio 2014 (a mente del quale: «3. Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza») - per l'adempimento del dovere di soccorso istruttorio o di soccorso procedimentale, il quale impone alla stazione appaltante di richiedere all'interessato (anche «in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale» della documentazione) di integrare, regolarizzare o esibire la documentazione mancante.

13. In conclusione, assorbite le ulteriori censure dedotte dall'appellante, l'appello va accolto e, previa riforma della sentenza impugnata, va rigettato il ricorso di primo grado.

14. Sussistono giuste ragioni per compensare tra le parti le spese giudiziali per il doppio grado di giudizio.

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, previa riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale

per il Veneto, sezione Prima, 6 febbraio 2023, n. 154, rigetta il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese giudiziali per il doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO