

Pubblicato il 23/11/2020

N. 07257/2020REG.PROV.COLL.

N. 00844/2020 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

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 844 del 2020, proposto da ..... s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento con il Consorzio ....., rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di ....., in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Donato Pennetta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

.. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Vetrano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Raffaele Porpora in Roma, via della Giuliana n. 74;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, 16 gennaio 2020, n. 93, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di ..... e di ..... s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2020 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Carbone, Pennetta e Vetrano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. - La società ..... s.r.l. ha partecipato alla procedura di gara, indetta dalla Centrale Unica di Committenza «....» per conto del Comune di ....., per la fornitura di «*energia elettrica, progettazione definitiva ed esecutiva e attività connesse alla riqualificazione, messa a norma, risparmio energetico, contenimento dell'inquinamento luminoso, ammodernamento tecnologico e funzionale degli impianti di pubblica illuminazione*». Oltre alla ricorrente (in associazione temporanea con il Consorzio .....), alla gara partecipava la società ... s.r.l., la quale – inizialmente esclusa per mancanza di requisiti e successivamente riammessa - è risultata aggiudicataria del contratto (disposta con la determinazione del responsabile dell'area tecnica del Comune di ....., n. .... del ... agosto 2019).

2. - L'aggiudicazione in favore di ..... è stata impugnata da ..... srl con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Salerno, deducendo i seguenti motivi:

- illegittimità dell'ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria ....., per violazione della *lex specialis* di gara, per il mancato possesso di requisiti speciali di natura economico-finanziaria e in particolare: omessa produzione della doppia referenza bancaria, prevista dal punto 6.1. del bando; difetto di iscrizione al registro T.E.E. (registro Titoli Efficienza Energetica, tenuto dal Gestore Mercati Energetici S.p.A.), di cui al punto 6.1.8. del bando; insufficiente dimostrazione del requisito di capacità tecnica, per aver prodotto un solo contratto pluriennale di durata non inferiore ai dieci anni (punto 6.11 del bando), dei tre richiesti dal bando;

- illegittimità degli atti impugnati per la mancata esclusione dell'aggiudicataria, in ragione della falsa dichiarazione resa in ordine al possesso del requisito dell'iscrizione nel registro T.E.E., con la conseguente violazione dell'art. 80, comma 6, in relazione al comma 5, lett. *f-bis*), del Codice dei contratti pubblici (approvato con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50);

- con motivi aggiunti, inoltre, censurava la legittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, la quale, in violazione delle prescrizioni poste dal bando di gara, da un lato, aveva falsamente dichiarato di avere nel proprio organico un professionista esperto di gestione energetica (requisito richiesto al punto 6.1.9 del bando); dall'altro, in alternativa al predetto requisito, nemmeno aveva indicato i nominativi dei professionisti esterni alla cui opera intendeva ricorrere (punto 6.1.10 del bando).

3. – Con la sentenza 16 gennaio 2020, n. 93, il Tribunale amministrativo per la Campania ha respinto il ricorso, osservando come – quanto alle referenze bancarie – opererebbe la norma di cui all'art. 86, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (che consente all'operatore economico, il quale «*per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice*», di «*provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi*

*altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante»*), nonché il principio di equivalenza di cui all'art. 68, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, la cui applicabilità dovrebbe essere estesa anche ai requisiti di ammissione alla gara.

Quanto all'iscrizione nel registro T.E.E. (requisito non posseduto dalla .....), il Tribunale amministrativo ha respinto la censura ritenendo legittima la decisione della stazione appaltante di disapplicare la disposizione della *lex specialis*, sul presupposto che la clausola del bando di gara fosse sovrabbondante e non giustificata sul piano delle prestazioni e dell'oggetto dell'appalto di cui trattasi, e quindi in contrasto con l'art. 83, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, che espressamente prescrive che i requisiti di partecipazione debbano essere «*attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto*».

4. - La sentenza è impugnata dalla .....s.r.l. (già ricorrente in primo grado), la quale, previa critica della erroneità e ingiustizia delle statuizioni del primo giudice, ripropone alcuni dei motivi del ricorso introduttivo.

5. - Resiste in giudizio la controinteressata ..... s.r.l., che propone, altresì, appello incidentale con il quale reitera l'eccezione di tardività dell'impugnazione dell'atto di ammissione alla gara della stessa ....., divenuto inoppugnabile per decorso del termine di cui all'allora vigente art. 120, comma 2-bis, del Codice del processo amministrativo.

5. - Si è costituito in giudizio il Comune di .....i, chiedendo che l'appello principale della ..... s.r.l. sia respinto. Quanto all'appello incidentale di ....., conclude per l'accoglimento dell'eccezione di tardività o di inammissibilità del ricorso in primo grado, ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, cit., vigente *ratione temporis*, richiamando il verbale della seduta del 4 gennaio 2019, nel corso della quale l'offerta della controinteressata fu riammessa alla procedura di gara; seduta, alla quale la ..... era presente attraverso il legale rappresentante del Consorzio ..... (mandataria del R.T.I. di cui l'appellante era componente in qualità di mandante). Rileva, in ogni caso, che in data 7 gennaio 2019 la centrale unica di committenza trasmetteva alla .... il provvedimento di ammissione della ....

Il Comune appellato ripropone, altresì, l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti, con cui la ricorrente ha censurato in primo grado l'assenza dell'esperto di gestione energia (EGE) nell'organico dell'aggiudicataria. Secondo il Comune il fatto era conosciuto fin dalla seduta di gara del 25 luglio 2018, e quindi la ricorrente avrebbe dovuto dedurlo col ricorso introduttivo. Nel merito, l'amministrazione sostiene che la ..... ha comunque precisato, in sede di soccorso istruttorio, di essere in possesso del requisito alternativo previsto dal bando, indicando i professionisti esterni che svolgerebbero l'incarico di EGE.

6. - All'udienza del 9 luglio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

7. - Preliminarmente, vanno esaminate le plurime eccezioni di rito sollevate in primo grado dalla controinteressata e dall'amministrazione appellata, e respinte o non esaminate dal primo giudice.

7.1. - La prima riguarda la asserita tardività dell'impugnazione dell'atto di ammissione alla procedura di gara della ..... Secondo l'appellante incidentale, l'..... ha avuto piena conoscenza dell'atto gravato fin dalla seduta di gara del 4 gennaio 2019 quando, in presenza del rappresentante dell'appellante, la commissione aggiudicatrice diede lettura del provvedimento di ammissione e delle relative motivazioni. Pertanto, ai sensi dell'art. 120, comma 2-bis, del Codice del processo amministrativo (abrogato dall'articolo 1, comma 22, lettera a), del successivo decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), che imponeva l'obbligo di

immediata impugnazione dei provvedimenti di ammissione o esclusione dalla procedura di gara, la ..... avrebbe dovuto tempestivamente impugnare la riammissione in gara della ....., e nel termine di trenta giorni dall'intervenuta conoscenza. Né potrebbe trovare applicazione la norma transitoria che ha accompagnato l'abrogazione dell'art. 120, comma 2-*bis*, del Cod. proc. amm. (ossia l'art. 1, comma 23, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, cit., secondo cui la disciplina risultante dall'abrogazione si applica «*ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*»), posto che a quella data di entrata in vigore della legge di conversione (18 giugno 2019) la riammissione era ormai divenuta inoppugnabile per consumato decorso del termine di cui a quel rito super-speciale.

7.2. - L'eccezione è infondata.

7.3. - Benché, in ordine agli effetti della successione nel tempo tra norma abrogata (l'art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm.) e norma abrogante (l'art. 1, comma 23, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32), non siano maturati orientamenti giurisprudenziali univoci, il Collegio ritiene di dare continuità all'indirizzo di questa V Sezione di cui all'ordinanza 16 gennaio 2020, n. 148 e alle sentenze 5 agosto 2020, n. 4927 e 2 ottobre 2020, n. 5782; e dalla II Sezione con la sentenza 5 giugno 2020, n. 3585 (*contra*: Cons. Stato, III, 29 luglio 2020, n. 4824; VI, 13 ottobre 2020, n. 6165).

Per questo orientamento, nell'identificazione della disciplina transitoria risultante dalle disposizioni richiamate, è dirimente la considerazione che sia stato assunto come riferimento temporale per l'applicazione della norma abrogante l'inizio del processo (da intendersi coincidente con il deposito del ricorso introduttivo), a dimostrazione della volontà legislativa di rendere immediatamente operante l'abrogazione anche per le procedure di gara già avviate ed ancora in corso al tempo dell'entrata in vigore della nuova norma.

Rispetto a queste ultime, la norma dell'art. 120, comma 2-*bis*, del Cod. proc. amm. non ha determinato, alla scadenza del termine previsto per l'impugnazione degli atti endoprocedimentali, alcun effetto sostanziale. Come rilevato in una delle decisioni sopra richiamate, l'art. 120, comma 2-*bis*, «*ha anticipato l'onere dell'impugnazione dell'ammissione, in deroga al principio di necessaria lesività, imponendo, pena l'inammissibilità delle censure postume, l'immediata contestazione di fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano (e possono dopo l'abrogazione della disposizione) essere fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione. E' a questa valutazione processuale di inammissibilità che la norma transitoria si riferisce: nei processi iniziati dopo il 18.6.2019 essa non è più consentita, dovendo il giudice valutare le censure anche se (recte: solo se) proposte avverso l'aggiudicazione*» (così Cons. Stato, III, 5 giugno 2020, n. 3585).

In altri termini, l'art. 120, comma 2-*bis*, ha svolto una funzione, eccezionale e derogatoria rispetto alle regole processuali generali, di anticipazione della tutela giurisdizionale nelle controversie in materia di affidamenti di contratti pubblici, imponendo un onere di impugnazione immediata delle esclusioni e delle ammissioni, indipendentemente dalla conclusione del procedimento di gara.

7.4. – 7.4. - E' pur vero che per giustificare, anche sul piano costituzionale (Corte Cost., 13 dicembre 2019, n. 271), quel rito eccezionale se ne era ravvisato il fondamento nell'interesse alla corretta formazione della platea dei concorrenti prima dell'esame delle offerte (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4), se non nell'interesse a ridurre la platea dei partecipanti alla gara, che produrrebbe il desiderabile aumento delle chances di aggiudicazione.

Si trattava, comunque, di un interesse a ricorrere di tipo strumentale, perché la corretta formazione della platea dei concorrenti è un mezzo, anticipato e preliminare, per giungere alla corretta e

migliore scelta del contraente, che è la finalità sostanziale immanente alla disciplina sulla formazione dei contratti pubblici. Da questo punto di vista, l'interesse alla previa corretta formazione della platea dei concorrenti altro non è che un tratto formale del più ampio interesse alla legittimità della procedura (fermo restando che, coerentemente alle considerazioni di un'autorevole dottrina, il bene della vita cui ambisce il partecipante alla procedura di gara, ossia l'aggiudicazione del contratto, non si riduce a quella qualificazione astratta e anticipata, anche quando si manifesta nella figura dell'interesse strumentale alla partecipazione).

Quanto poi all'interesse a ridurre la platea dei partecipanti alla gara, va considerato che talora l'operatore economico può emergere come addirittura portatore di un interesse diverso, come quando scopre nel corso successivo del procedimento (superata la fase delle esclusioni e delle ammissioni all'esito della valutazione dei requisiti) che è preferibile per lui che resti immutata la compagine dei concorrenti (ad esempio, perché detta composizione influisce sul calcolo della soglia di anomalia in termini a sé favorevoli): quando invece, sulla base dell'art. 120, comma 2-bis, era stato onerato di una immediata impugnazione.

7.5. - Si conferma, quindi, che l'art. 120, comma 2-bis, ha svolto – configurando questo eccezionale interesse strumentale - solo una funzione di anticipazione del processo. Cessata dunque la vigenza della norma di eccezione, riprende però vigore la norma ordinaria. Ne segue che l'eliminazione del rito approntato con l'art. 120, comma 2-bis comporta che l'inoppugnabilità maturata sotto la sua vigenza non estingue l'interesse a ricorrere di chi, secondo quel meccanismo processuale, era tenuto a subito impugnare l'ammissione o l'esclusione altrui (interesse nemmeno ipotizzabile nei confronti di un atto di cui non era diretto destinatario). Ne deriva come conseguenza che, se l'interesse a impugnare l'ammissione altrui sorge dopo l'abrogazione della norma processuale, si integra quella situazione giuridica che legittima – secondo i principi generali in tema di condizioni dell'azione, che riprendono integralmente vigore – l'esercizio ordinario dell'azione di annullamento sia dell'ammissione (altrui) che dell'aggiudicazione (a terzi).

7.6. - In conclusione, l'eccezione va respinta, dovendosi ritenere il ricorso introduttivo tempestivo e ammissibile.

8. - Deve essere respinta anche l'eccezione di tardività dei motivi aggiunti proposti in primo grado da ....., dal momento che gli atti della gara (compreso il verbale della seduta di gara del 25 luglio 2018, invocato dal Comune di ..... a riprova che la ricorrente, fin da allora, aveva avuto piena conoscenza del contenuto della dichiarazione resa dalla ..... sul possesso dei requisiti) sono stati depositati in giudizio dal Comune il 15 settembre 2019 e i motivi aggiunti sono stati notificati il 24 settembre 2019.

Né assume rilievo la presenza alla seduta di gara del rappresentante o delegato dell'impresa mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo (nel caso di specie il Consorzio .....), posto che i fatti di conoscenza acquisiti nella seduta di gara potrebbero essere, al più, riferibili alla mandataria, non all'impresa mandante (quale è la ..... s.r.l.), nei confronti della quale non vi è prova che abbia conferito (alla persona delegata a presenziare alla seduta di gara) l'incarico di destinatario di comunicazioni o soggetto deputato ad acquisire fatti di conoscenza, con effetti diretti nella sfera della ....., rilevanti quali presupposti per il decorso del termine di impugnazione.

9. - Venendo al merito, con il primo motivo, l'appellante ..... impugna la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la carenza dei requisiti di partecipazione in capo all'aggiudicataria non fosse determinante ai fini della sua esclusione. In particolare, deducendo la violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 80, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, assume l'erroneità della sentenza per aver disapplicato la clausola del bando concernente la necessità del requisito della iscrizione nel

Registro T.E.E., non posseduto dall'aggiudicataria. Ad avviso dell'appellante, dato che la clausola del bando, avente natura preclusiva della partecipazione, non è stata impugnata dalla ..... con uno specifico motivo di ricorso volto a farne accertare l'effettiva illegittimità per sproporzione o non attinenza all'oggetto dell'appalto, il giudice non avrebbe potuto estendere il proprio sindacato alla legittimità del requisito, né la clausola avrebbe potuto essere disapplicata dalla stazione appaltante.

L'appellante, inoltre, contesta anche nel merito le argomentazioni che hanno indotto il primo giudice a valutare sproporzionato il requisito rispetto all'oggetto del contratto, sia perché l'amministrazione potrebbe in futuro valutare diversamente l'interesse alla commercializzazione dei titoli di efficienza energetica, sia perché la valutazione è stata espressa senza nemmeno acquisire agli atti del giudizio il capitolato speciale d'appalto.

Con riguardo al requisito di capacità economico-finanziaria dell'aggiudicataria, per il quale il bando chiedeva la prova mediante la esibizione di tre contratti pluriennali, ad avviso dell'appellante detta capacità non potrebbe essere comprovata da un unico contratto, anche se di durata ventennale, peraltro ancora in corso di esecuzione.

10. - Con il secondo motivo, l'appellante assume l'ingiustizia della sentenza laddove ha escluso la rilevanza della falsa dichiarazione resa in sede di gara dall'aggiudicataria, con riferimento al possesso del requisito dell'iscrizione nel registro dei titoli di efficienza energetica. Ricollegandosi a quanto dedotto col primo motivo, l'appellante sostiene che la controinteressata, in assenza dell'impugnativa della clausola di gara, aveva l'obbligo di dichiarare fedelmente il proprio difetto di iscrizione nel registro TEE. La dichiarazione resa nel DGUE, di essere in possesso del requisito, che la stessa commissione aggiudicatrice ha ritenuto non corrispondente al vero, avrebbe dovuto, quindi, determinare l'esclusione della ..... dalla gara.

11. - I due motivi, data la loro stretta connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

11.1. - Il primo motivo è fondato nella parte in cui l'appellante deduce l'errore commesso dal primo giudice, che ha ritenuto legittima la disapplicazione, da parte della stazione appaltante, della clausola del bando che ha prescritto, quale requisito di idoneità professionale, il possesso dell'iscrizione al registro dei titoli di efficienza energetica.

11.2. - Il motivo dedotto in primo grado, infatti, era diretto a censurare la decisione della stazione appaltante di disapplicare l'anzidetta clausola, invocando il noto principio secondo cui il bando di gara (e le sue singole disposizioni), per la natura di atto amministrativo generale, non normativo, è vincolante (anche) per l'amministrazione appaltante, che non può disapplicarlo neppure quando le regole del bando risultino inopportune o incongrue. Principio che corrisponde a orientamenti giurisprudenziali consolidati, anche recentemente ribaditi (v. Cons. Stato, V, 5 marzo 2020, n. 1604), dai quali non vi sono ragioni per discostarsi nel decidere la controversia in esame.

11.3. - Ferma restando la possibilità di annullare il bando (anche in parte, ossia nella sola parte ritenuta illegittima) nell'esercizio dei poteri di autotutela, la sola eventualità che può consentire la non applicazione del bando si ricollega all'ipotesi di clausole nulle, inidonee a produrre effetti giuridici, come nel caso della disposizione del bando che introduca una causa di esclusione dalla procedura non prevista dalla legge, nulla per la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici.

Nel caso di specie, tuttavia, il primo giudice ha escluso l'illegittimità della decisione della stazione appaltante senza il previo accertamento della nullità della clausola sotto il profilo del contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione; e nemmeno si è verificata l'ulteriore ipotesi della

impugnazione della clausola del bando (se ritenuta illegittima) mediante ricorso incidentale della controinteressata ..... Ricorso incidentale che avrebbe consentito al giudice di sindacare la clausola contestata ed eventualmente annullarla nei limiti dei vizi dedotti dalla controinteressata.

11.4. - Peraltro, la questione della nullità della clausola in esame, già sollevata in primo grado dalla controinteressata, è stata ora riproposta in appello dalla .....

E' bene precisare, quindi, che il contenuto della clausola in questione non integra il presupposto del contrasto col principio di tassatività delle cause di esclusione e della conseguente nullità ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici. In linea generale, la nullità, quale conseguenza della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni, ai fini della ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti pubblici o nelle altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente - quale conseguenza - l'esclusione dalla gara, impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9).

La clausola in esame, peraltro, si ricollega all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante nell'ambito della indicazione dei requisiti speciali di partecipazione diretti a selezionare gli operatori economici in possesso delle capacità tecniche, professionali ed economiche-finanziarie, secondo i criteri della proporzionalità e della adeguatezza all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni richieste dall'amministrazione (art. 83, comma 2, del Codice dei contratti pubblici). L'esercizio della discrezionalità in questo ambito è sempre sindacabile dal giudice (pur se nei noti limiti), che potrà eventualmente ritenere il requisito richiesto dal bando in contrasto col principio di proporzionalità o di ragionevolezza (richiamati dalla stessa norma) o con il principio della massima partecipazione o con la più ampia tutela della concorrenza (principi anch'essi evocati dall'art. 83, comma 2, *cit.*). Tuttavia, in questo come negli altri casi in cui una norma di rango legislativo attribuisca all'amministrazione la possibilità di indicare nel bando determinate prescrizioni il cui inadempimento porti all'esclusione dalla procedura di gara, l'illegittimo esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante non comporta la nullità del bando, dovendosi ricondurre il vizio alla ordinaria conseguenza (nel diritto amministrativo) dell'annullabilità per illegittimità della clausola del bando (sulla discrezionalità della stazione appaltante nell'indicare i requisiti speciali di capacità tecnica e sulla inapplicabilità, in tali ipotesi, della nullità si vedano Cons. Stato, V, 14 dicembre 2018, n. 7057; III, 7 luglio 2017, n. 3352).

11.5. - Pertanto, in mancanza della introduzione rituale, nel giudizio, della domanda di annullamento della clausola del bando, quale atto presupposto dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo, e della infondatezza della questione di nullità, il motivo dedotto da ..... va accolto alla stregua del principio che preclude all'amministrazione appaltante di disapplicare la disposizione della *lex specialis* di gara.

11.6. - Dall'accoglimento del primo motivo di appello discende l'accoglimento anche del secondo motivo, essendo stato accertato nel corso del giudizio che la ..... non era in possesso dell'iscrizione nel registro dei titoli di efficienza energetica.

11.7. - In ordine al primo motivo, rimane da esaminare la censura della insufficienza della pregressa esperienza dimostrata da ....., rispetto al requisito richiesto dal bando.

11.8. - La doglianza è infondata, per le ragioni che il primo giudice ha ben rilevato.

Nella concreta fattispecie, infatti, trova applicazione l'art. 86, comma 4, secondo periodo, Codice dei contratti pubblici, secondo cui «*l'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze chieste dall'amministrazione aggiudicatrice, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante*». Fra i motivi che consentono di dare prova del possesso del requisito «*mediante un qualsiasi altro documento*» rientra (ai sensi dell'allegato XVII, parte I, cui rinvia l'art. 86, comma 4, cit., che impone di tener conto della data di avvio dell'attività dell'operatore economico) anche il fatto che la ..... ha iniziato l'attività solo dal 2016 (mentre la gara è stata indetta nel 2018).

12. - Con il terzo motivo, l'appellante deduce l'errore commesso dal primo giudice per non aver accolto il motivo teso a far accertare, ai fini espulsivi, la falsa dichiarazione resa dalla controinteressata circa il possesso del requisito dell'avere nel proprio organico un esperto di gestione energia (EGE), di cui al punto 6.1.9 del bando; dichiarazione successivamente corretta in sede di soccorso istruttorio, nel corso del quale la ..... affermava di possedere il requisito alternativo (di cui al punto 6.1.10 del bando), esibendo i contratti di collaborazione con professionisti esterni. Peraltro, anche detti professionisti, secondo l'appellante, sarebbero privi della qualifica di EGE.

12.1. - Il motivo è infondato.

12.2. - Come risulta dalla documentazione in atti, il modulo predisposto dalla stazione appaltante (allegato al bando di gara) prevedeva la dichiarazione «*di avere nel proprio organico un EGE certificato [...]*», senza tuttavia riservare uno spazio apposito per indicare il requisito alternativo dell'avvalimento di professionisti esterni (pur previsto al punto 6.1.10 del bando). Risulta, altresì, che la ..... si è limitata a non compilare lo spazio del modulo, dichiarando successivamente, in sede di soccorso istruttorio, di volersi avvalere di professionisti equivalenti (come consentito dal bando).

Si tratta, quindi, di omissione, non di falsità della dichiarazione; ed è soccorribile, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, rientrando tra le incompletezze del documento di gara unico europeo. Inoltre, anche la rilevata inidoneità del modello predisposto per le dichiarazioni giustifica il soccorso istruttorio disposto dalla stazione appaltante, mediante il quale la ..... ha potuto integrare la dichiarazione sul requisito.

13. - Con il quarto motivo, l'appellante ripropone il motivo teso a far accertare, in via gradata, l'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria per il mancato possesso, alla data di presentazione della domanda, anche del requisito alternativo dell'avvalersi di professionisti esterni. A sostegno del vizio, rileva che la ....., quale prova del requisito, si è limitata ad allegare due scritture private con cui avrebbe conferito l'incarico ai professionisti, prive di data certa e sottoscritte nella stessa data del 4 giugno 2018, inidonee quindi a provare il possesso del requisito prima della presentazione dell'offerta.

13.1. - Anche il quarto motivo è infondato, ove si tenga conto sia del fatto che la *lex specialis* di gara non imponeva un particolare onere formale circa la prova del rapporto con i professionisti esterni, sia della mancata deduzione, da parte dell'appellante, di concreti elementi che possano far dubitare che la conclusione dei contratti di collaborazione sia avvenuta prima della presentazione delle offerte.

14. – In conclusione, l'appello principale va accolto, per le motivazioni esposte ai punti 9, 10 e 11.



L'appello incidentale va respinto.

15. – Le spese giudiziali di entrambi i gradi del giudizio debbono essere integralmente compensate tra le parti, in ragione della novità e della complessità delle questioni esaminate e decise.

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 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, Sezione Prima, 16 gennaio 2020, n. 93, accoglie il ricorso introduttivo e annulla il provvedimento di aggiudicazione di cui alla determinazione del responsabile dell'area tecnica del Comune di ....., n. .... del .. agosto 2019.

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

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO