Pubblicato il 11/10/2022

N. 08685/2022REG.PROV.COLL.
N. 10952/2021 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 10952 del 2021, proposto da

Conart Società Consortile a r.l. in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo r.t.i., Ottoerre Group s.r.l. in concordato preventivo, in proprio e quale mandante del costituendo r.t.i., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Paolo Borioni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Ceci, n.21;

contro

Azienda Strade Lazio - Astral S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Andrea Ruffini, Marco Orlando, Antonietta Favale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

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

Costruzioni Generali Sud S.r.l. in r.t.i. con Pezzella Raffaele e Sc Costruzioni S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 12296/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Strade Lazio - Astral S.p.A. e di Costruzioni Stradali e Consolidamenti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Orlando e Lilli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalle società Conart Società Consortile a r.l. e Ottoerre Group s.r.l., quest'ultima in concordato preventivo omologato, contro l'Azienda Strade Lazio - Astral s.p.a. e nei confronti della Costruzioni Stradali e Consolidamenti s.r.l., per l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

- esclusione del r.t.i. Conart-Ottoerre dalla procedura aperta "*per la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento dei lavori di completamento delle opere di urbanizzazione, primaria e secondaria, nel territorio del Comune di Roma Capitale. Lotto 2 – 0G 6 (CIG :837497934E); Lotto 3 – OG 3(CIG: 83749657BF)*", con conseguente revoca dell'aggiudicazione già disposta per il lotto 3 e comunicazione che si sarebbe proceduto all'escussione della cauzione provvisoria e ad ogni altro adempimento previsto (ricorso introduttivo);

- determinazione dell'amministratore unico n. 316 del 30 luglio 2021, con la quale Astral, preso atto della revoca dell'aggiudicazione al costituendo r.t.i. Conart Scarl e Ottoerre Group s.r.l., aveva approvato la nuova graduatoria e

disposto l'aggiudicazione definitiva in favore del r.t.i. Costruzioni Stradali e Consolidamenti s.r.l. (motivi aggiunti).

1.1. A fondamento dell'esclusione, disposta con nota datata 19 aprile 2021, prot. n. 9538, Astral aveva posto le seguenti due motivazioni:

- la carenza di autorizzazione a partecipare alla procedura in oggetto per la mandante Ottoerre; sul punto Astral assumeva che non era stata trasmessa l'autorizzazione del Tribunale di Isernia, sezione fallimentare, emessa a favore di Ottoerre, poiché, invece dell'autorizzazione, era stato inviato nuovamente il parere già allegato in sede di presentazione dell'offerta;
- la mancata allegazione della relazione del professionista prevista dal comma 5 dell'art 186 bis della legge fallimentare, documento considerato necessario.

1.2. Il tribunale amministrativo regionale ha ritenuto che - pur prescindendo dalla questione relativa alla mancata presentazione della relazione del professionista - era rilevante il mancato deposito dell'autorizzazione richiesta a fini partecipativi, "*pervenuta non solo oltre i termini perentori fissati dalla stazione appaltante, ma successivamente alla intervenuta esclusione e revoca della aggiudicazione*".

In particolare, era mancata la dimostrazione - in sede di soccorso istruttorio ai sensi degli artt. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 17 del disciplinare di gara - del possesso del requisito di partecipazione in capo alla società mandante del r.t.i., in concordato preventivo, ed era perciò stata correttamente disposta l'esclusione dalla gara dell'intero raggruppamento.

1.2.1. Il tribunale ha precisato che la richiesta avanzata da Astral per ottenere da Conart la documentazione necessaria rientrava tra i casi di soccorso istruttorio, per il quale è previsto per legge un termine perentorio (ribadito anche dal disciplinare di gara), senza che fosse rilevante che la nota inviata al r.t.i. Conart non avesse espressamente richiamato l'istituto del soccorso istruttorio (dato che "*sia nella nota inviata da Astral il 4 marzo 2021, sia in quella inviata in data 18 marzo 2021, era chiaramente prescritto che la documentazione avrebbe dovuto essere trasmessa entro un termine perentorio*").

1.3. Constatato che comunque il deposito della documentazione era intervenuto addirittura oltre la revoca dell'aggiudicazione, il ricorso e i motivi aggiunti sono stati respinti, con compensazione delle spese processuali in considerazione della peculiarità della vicenda.

2. Avverso la sentenza le società Conart Società Consortile a r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo r.t.i. con la Ottoerre Group s.r.l. in concordato preventivo, e quest'ultima, in proprio e in qualità di mandante, hanno proposto appello con due motivi.

2.1. L'Azienda Strade Lazio – Astral s.p.a. e la Costruzioni Stradali e Consolidamenti s.r.l. si sono costituite per resistere all'appello.

2.2. All'udienza del 14 luglio 2022 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche delle parti.

3. Va premessa la ricostruzione dei fatti, effettuata come segue dalla sentenza di primo grado:

<<[…]Con Determinazione dell'Amministratore Unico di ASTRAL n. 74 del 25.02.2021 era disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura in favore, tra le altre, del costituendo RTI tra CONART e OTTOERRE GROUP, decisione comunicata con nota prot 0004940 del 26.03.2021.

Il raggruppamento ricorrente era riconosciuto al quinto posto della graduatoria.

Il Disciplinare di gara, all'art 5 per il lotto n 3, individuava per i primi dieci aggiudicatari un quantitativo massimo assegnabile sull'importo totale dei lavori secondo una ripartizione quantitativa definita in ragione del posizionamento in graduatoria secondo percentuali "a scalare" dal primo al decimo. Cosicché in ragione del posizionamento delle ricorrenti era indicato l'importo di lavori massimo assegnabile quello di € 2.137.166,22 pari al 20,30% del valore del lotto (mentre al sesto classificato impresa COSTRUZIONI STRADALI E CONSOLIDAMENTI SRL in questa sede controinteressato, l'importo di € 2.094.846,10 pari al 10,10% del valore del lotto).

Con successiva nota del 5.03.2021 ASTRAL inviava agli odierni ricorrenti una richiesta di integrazione documentale relativa all'impresa mandante OTTOERRE GROUP.

In data 12.03.2021 CONART trasmetteva ad ASTRAL a mezzo pec documentazione ritenendo di aver adempiuto alla richiesta.

In data 18.03.2021, CONART inoltrava ad ASTRAL, a mezzo del sistema WeTransfer, tutta la documentazione già trasmessa poiché si apprendeva che la SA non riusciva a ricevere gli allegati contenuti nella pec già inviata, probabilmente per un problema di spazio della casella.

Ad ogni modo in data 21.04.2021, la CONART trasmetteva ancora una pec con l'autorizzazione del Tribunale di Isernia alla partecipazione della gara indetta da ASTRAL da parte all'impresa OTTOERRE, autorizzazione emessa con provvedimento del Tribunale di Isernia.

Con nota datata 19.04.2021 avente prot 9538 del 20.04.2021, invero trasmessa il 21.04.2021, ASTRAL comunicava l'esclusione dalla procedura di gara […]>>.

4. Col primo motivo le appellanti ribadiscono che la nota del 5 marzo 2021, con la quale l'amministrazione aveva chiesto la trasmissione dei documenti (1. autorizzazione del Tribunale di Isernia alla partecipazione alla gara; 2. relazione del professionista abilitato sulla capacità dell'impresa in concordato) non era qualificata né intitolata come trasmessa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50 del 2016 o dell'art. 17 del disciplinare di gara, né indicata come relativa ad un soccorso istruttorio. Inoltre, essendo stata inviata successivamente all'aggiudicazione, detta nota sarebbe sottratta alla disciplina dell'art. 83, sicché il termine fissato dalla stazione appaltante per la produzione di documenti non si sarebbe potuto considerare perentorio (come sarebbe stato affermato anche dal precedente di cui al Consiglio di Stato, V, 16 gennaio 2020, n. 399, oltre che da altre sentenze di merito) e quindi la sua violazione non avrebbe potuto portare all'esclusione dell'aggiudicataria.

In tal senso deporrebbe, ad avviso delle appellanti, anche l'art. 17, comma 6, del disciplinare di gara, che prevedeva che "*al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 83, comma 9, del Codice è facoltà della stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*". La richiesta del 5 marzo 2021 sarebbe perfettamente rientrata

nell'ambito di tale procedura, con la conseguenza che il termine di dieci giorni concesso per produrre la documentazione si sarebbe dovuto considerare come ordinatorio ed il suo superamento da parte del r.t.i. aggiudicatario non avrebbe potuto portare all'esclusione di quest'ultimo per la tardiva produzione documentale.

4.1. A conforto della posizione esposta le appellanti evidenziano come, nella stessa sentenza di primo grado, che ha ritenuto perentorio il detto termine (che sarebbe venuto a scadere il 15 marzo 2021), si riconosce, contraddittoriamente, che Astral, in data 18 marzo 2021, aveva invitato nuovamente l'impresa all'adempimento, pur concedendo allo scopo un giorno soltanto. Date le difficoltà tecniche precedenti (riconosciute dalla stazione appaltante), l'a.t.i. aveva assolto alla richiesta con trasmissione a mezzo sistema "*wetransfer*" il 18 marzo 2021 e quindi nuovamente il 21 aprile 2021. La condotta tenuta dall'amministrazione dimostrerebbe come il primo termine non si potrebbe reputare perentorio; inoltre, non sarebbe affatto espressione di "buona fede" (come ritenuto dal t.a.r.), considerato che era stato concesso un solo giorno per adempiere.

Le appellanti aggiungono che comunque il 18 marzo 2021 sarebbe stata effettivamente trasmessa la documentazione richiesta con una *e-mail* recante il *link* "*wetransfer*", circostanza che determinerebbe la prova di adempimento entro il termine ritenuto utile dal tribunale, stante la richiesta di Astral dello stesso 18 marzo 2021.

4.2. Con un ulteriore ordine di censure le appellanti sostengono l'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 85 del d.lgs. n. 50 del 2016, cui sarebbero riconducibili le richieste del 5 e del 18 marzo 2021. Per nessuna delle due, quindi, sarebbe previsto alcun termine specifico, tantomeno un termine perentorio, in coerenza d'altronde con quanto stabilito dall'art. 17, ultimo comma, del disciplinare di gara.

4.3. Le appellanti concludono che, dato quanto dedotto, sarebbero state utili le trasmissioni effettuate sia con la *e-mail* recante il *link* "*wetransfer*" del 18

marzo 2021 sia con la *pec* del 21 aprile 2021.

5. Col secondo motivo è censurata l'affermazione incidentale del tribunale secondo cui l'impresa Ottoerre avrebbe dovuto fornire, oltre all'autorizzazione del tribunale, anche la relazione del professionista ai sensi dell'art. 186 bis, commi 4 e 5, del r.d. n. 267 del 1942.

6. L'appello non merita di essere accolto.

6.1. Va premesso, a fini ricostruttivi della disciplina applicabile in generale alle imprese che si trovano "*in stato … di concordato preventivo*", che sia l'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, che prevede tale causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica, sia l'art. 110, comma 4, dello stesso d.lgs., nei testi modificati dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, contemplano l'eccezione delle imprese che abbiano fatto domanda o che siano state ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, facendo rinvio all'art. 186 bis del r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

I commi 4 e 5 di tale ultima disposizione, a loro volta, prevedono che "*Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 161, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato. L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, quando l'impresa presenta in gara:*

a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento del contratto;

b) [lettera abrogata]".

L'applicazione delle richiamate disposizioni comporta la necessità che l'impresa ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale sia autorizzata a partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, della legge fallimentare, ma porta anche ad escludere che il comma 5 dello stesso articolo, nel richiedere la relazione del professionista

abilitato, prescriva un adempimento alternativo all'autorizzazione del comma precedente. Esso va piuttosto interpretato nel senso che la relazione si debba aggiungere all'autorizzazione quale requisito ulteriore richiesto per partecipare alla procedura (cfr. già Cons. Stato, III, 18 ottobre 2018, n. 5966).

6.1.1. Tale interpretazione delle norme attualmente vigenti e applicabili *ratione temporis* (dato che il bando è stato pubblicato il 22 luglio 2020) non è smentita dal precedente di questa Sezione V, 3 gennaio 2019, n. 69, richiamato dalle appellanti, in quanto riferito ad una gara nella quale le norme applicabili erano diverse, perché precedenti le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 32 del 2019, convertito dalla legge n. 55 del 2019.

6.1.2. Riscontro della correttezza dell'interpretazione sopra esposta, si rinviene nella disciplina dettata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, contenente il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, che, pur essendo entrata in vigore il 15 luglio 2022, è stata tenuta presente dal d.l. n. 18 aprile 2019, n. 32, quando ha introdotto le modifiche sopra dette degli artt. 186 bis della legge fallimentare e 80, comma 5, e 110 del *Codice dei contratti pubblici*.

Il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* ha risolto il difettoso coordinamento interno all'art. 186 bis, commi 4 e 5, prevedendo nella rinnovata disciplina del concordato preventivo con continuità aziendale, all'art. 95, commi 3 e 4, che: "*3. Successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40* [n.d.r. domanda di ammissione al concordato preventivo]*, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, e, dopo il decreto di apertura* [n.d.r. della procedura di concordato preventivo]*, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato. 4. L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto.*".

L'art. 372 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* ha inoltre disposto la modifica degli artt. 80, comma 5, lett. b) e 110, comma 4, del d.lgs. n. 50 del

2016, prevedendo, in luogo del rinvio all'art. 186 bis del r.d. n. 267 del 1942, il rinvio all'art. 95 dello stesso d.lgs. n. 14 del 2019.

Trova quindi definitiva conferma la necessità per le imprese ammesse al concordato preventivo con continuità aziendale, per partecipare alle gare pubbliche, di ottenere l'autorizzazione del competente organo della procedura fallimentare, con acquisizione della relazione di un professionista abilitato contenente le attestazioni di conformità al piano concordatario e di ragionevole capacità di adempimento del contratto.

6.2. Coerente con quanto fin qui esposto è la decisione assunta dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, a seguito dell'ordinanza di rimessione di questa Sezione V, 8 gennaio 2021, n. 309, menzionata negli scritti delle appellanti.

La sentenza dell'Adunanza plenaria, 27 maggio 2021, n. 9, si è pronunciata sulla questione dell'ammissione alla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici delle imprese che avessero presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco (o con riserva o pre-concordato) ex art. 161, comma 6, della legge fallimentare. Pur non essendo tale questione rilevante nel presente giudizio, va rimarcata l'affermazione dell'Adunanza plenaria secondo la quale la conclusione "*che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, che per il caso in cui, all'inverso, la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. In questo senso la formula "partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici", contenuta nell'art. 186 bis, comma 4 (e da ultimo all'art. 110, comma 4, del codice dei contratti), deve essere letta nel suo significato più pieno e più coerente con quella esigenza di controllo giudiziale ab initio che, realizzandosi sin dal momento in cui si costituisce il rapporto processuale con il giudice fallimentare, rappresenta il punto di equilibrio tra la tutela del debitore e quella dei terzi*" (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 9/2021, paragrafo 7, parte finale).

Sebbene l'Adunanza plenaria si sia pronunciata con riferimento alla disciplina vigente prima delle modifiche apportate dal d.l. n. 32 del 2019, le argomentazioni a supporto dei principi di diritto affermati – pur essendo superate, per quanto riguarda il concordato c.d. con riserva, dalla modifica legislativa dell'art. 110, comma 4, del *Codice dei contratti pubblici* – sono utili ad interpretare la regola della necessità dell'autorizzazione del giudice delegato per l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale. Tale regola, prima contenuta nell'art. 110, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, è poi confluita nell'art. 186 bis, comma 4, del r.d. n. 267 del 1942 (e, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 14 del 2019, nell'art. 95, commi 3 e 4, di quest'ultimo).

6.2.1. Giova aggiungere che non si può ritenere che la sentenza n. 9/21 abbia escluso la necessità della relazione del professionista abilitato –così come sostengono le appellanti, riferendosi all'ordinanza di rimessione n. 309/2021- solo perché di tale (ulteriore) presupposto la decisione non si è fatta carico. L'Adunanza plenaria è stata chiamata a risolvere, come detto, la (diversa) questione della possibilità di autorizzare la partecipazione alle pubbliche gare delle imprese che avessero presentato domanda di concordato c.d. con riserva ed è rimasto estraneo a quel giudizio il tema della relazione del professionista abilitato.

6.3. Rispetto alla ricostruzione normativa che precede - oggetto delle contrapposte argomentazioni delle parti - il presente giudizio si caratterizza per il fatto che la Ottoerre Group, nel momento in cui venne indetta la procedura *de qua*, con bando pubblicato il 22 luglio 2020, si trovava già nella fase esecutiva di un concordato preventivo con continuità aziendale, omologato con decreto del Tribunale di Isernia, n. 5/18, emesso in data 2 novembre 2019.

Pertanto in disparte l'applicazione dell'art. 186 bis del r.d. n. 267 del 1942 (che gli interpreti della legge fallimentare tendono ad escludere dopo la chiusura della procedura, sancita dall'art. 181 dello stesso r.d., a seguito del decreto di omologazione), nel caso di specie la necessità dell'autorizzazione per

partecipare alle pubbliche gare per Ottoerre Group è prevista nel decreto di omologazione del concordato preventivo. Questo stabilisce, infatti, tra le modalità di sorveglianza dell'adempimento, anche la seguente: "*La partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici dovrà essere autorizzata dal Tribunale, acquisito il parere favorevole del commissario giudiziale*".

6.4. Ne consegue l'applicabilità dei principi elaborati dalla giurisprudenza in merito alla qualificazione del possesso dell'autorizzazione giudiziale come requisito di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica, che va non soltanto dichiarato ma anche dimostrato alla stazione appaltante in corso di gara, comunque prima dell'aggiudicazione.

6.4.1. La motivazione della citata sentenza dell'Adunanza plenaria conferma la necessità che l'istanza di autorizzazione venga presentata al giudice fallimentare competente "*senza indugio, anche per acquisire quanto prima l'autorizzazione ed essere […] nella condizione utile di poterla trasmettere alla stazione appaltante con la procedura ad evidenza pubblica ancora in corso*" (paragrafo 8) e precisa che "*la centralità e l'importanza che riveste l'autorizzazione del giudice fallimentare, ai fini della partecipazione alla gara, conducono a ritenere che il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debbano intervenire prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione*" (paragrafo 10), come d'altronde ritenuto già dalla giurisprudenza precedente (cfr. Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1328), restando comunque rimesso alla stazione appaltante "*nel singolo caso concreto valutare se un'autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante*" (paragrafo 10, parte finale).

7. Nel caso di specie, come sottolineano le appellanti, l'autorizzazione a partecipare alla procedura di gara è stata rilasciata dal Tribunale di Isernia, in favore di Ottoerre, già in data 16 settembre 2020, quindi in epoca precedente l'aggiudicazione, che è stata disposta con provvedimento del 25 febbraio 2021.

Tuttavia, detta autorizzazione non è stata trasmessa alla stazione appaltante, né nel corso della procedura né dopo l'aggiudicazione, malgrado (e nei termini concessi con) le richieste inoltrate da Astral nelle date del 5 marzo e del 18 marzo 2021.

Contrariamente a quanto si sostiene col primo motivo di appello, la condotta ed il provvedimento della stazione appaltante sono legittimi, essendo irrilevante che si ritenga applicabile l'art. 83, comma 9, ovvero l'art. 85, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

7.1. La circostanza che si tratti di un requisito di ammissione, che va non soltanto dichiarato, ma anche comprovato, in corso di gara, induce a ritenere che la sua mancata tempestiva dimostrazione ricada nell'ambito di applicazione del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 (disposizione riprodotta nella clausola n. 17, comma 1, e specificata nei commi 2-5, del disciplinare di gara).

Depone in tal senso la constatazione che l'art. 83, comma 9, del *Codice dei contratti pubblici* non fissa un termine ultimo per l'esercizio del soccorso istruttorio in sede di gara, quale potrebbe essere, ad esempio, l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, poiché tale attività è correlata al momento in cui la stazione appaltante valuta la regolarità e completezza della documentazione fornita; ne segue che se la valutazione è compiuta per l'offerente per la prima volta in fase di verifica va consentito alla stazione appaltante di richiederne la regolarizzazione o integrazione (così Cons. Stato, V, 2 novembre 2021, n. 7302).

In senso contrario non vale richiamare, come fanno le appellanti, la sentenza di questa Sezione V, 16 gennaio 2020, n. 399, poiché riferita ad un caso di soccorso istruttorio attivato per porre rimedio ad una carenza del requisito (garanzia provvisoria) sopravvenuta alla gara, per cui era stato concesso dalla stazione appaltante un termine risultato superiore a dieci giorni.

D'altronde, la giurisprudenza riconosce, in linea di principio, la possibilità di attivare il soccorso istruttorio anche dopo l'aggiudicazione, nel caso in cui,

dichiarato il possesso dei requisiti di capacità economica – finanziaria e tecnico – professionale, il concorrente, in sede di comprova, produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque, inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione (cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540).

7.2. Inoltre, si è ritenuto che, anche nel vigore del codice attuale e pur in mancanza di espressa previsione nella *lex specialis*, è consentito alla stazione appaltante imporre un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto d'appalto (eventualmente anche ai sensi dell'art. 85, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016), rendendosi anzi necessario ad evitare l'indefinito protrarsi della fase evidenziale precedente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 738); il principio (riaffermato da Cons. Stato, V, 2 novembre 2021, n. 7302) vale a maggior ragione nel caso, come quello in esame, in cui la fissazione di un termine era stabilita dalla legge di gara.

7.3. Non è pertinente il richiamo delle appellanti all'ultimo paragrafo dell'articolo 17 del disciplinare di gara ("*al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 83, comma 9, del Codice è facoltà della stazione appaltante invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*"). Il testo della clausola è infatti riferito a "chiarimenti" riguardanti produzioni documentali già effettuate, non alla produzione di documenti mancanti.

7.4. Non è infine rilevante che nella nota del 5 marzo 2021 non siano stati richiamati né l'art. 83, comma 9, del *Codice* né l'art. 17 del disciplinare di gara, dal momento che Astral ha qualificato come "perentorio" il termine di dieci giorni assegnato per la produzione documentale e che ha avvisato che la mancata trasmissione entro il termine concesso avrebbe comportato l'esclusione del raggruppamento dalla procedura.

7.5. Quanto alla asserita rimessione in termini effettuata dalla stazione appaltante con la nota del 18 marzo 2021, risulta dagli atti che:

- il messaggio *pec* di Conart del 12 marzo 2021 conteneva degli allegati illeggibili; per porre rimedio a questo inconveniente tecnico venne inviata da Astral la nuova richiesta del 18 marzo 2021 (che assegnava l'ulteriore termine fino al 19 marzo 2021, nel presupposto che i documenti fossero stati già reperiti da Conart e trasmessi il precedente 12 marzo, ma non ricevuti dalla stazione appaltante per difficoltà di trasmissione/ricezione);
- Conart inviò quindi un nuovo messaggio il 18 marzo 2021 sia con *pec* diretta alla stazione appaltante (risultata anch'essa illeggibile) che con *e-mail* ordinaria all'indirizzo di un funzionario della stazione appaltante contenente un *link* al programma "*wetransfer*"; tra i documenti scaricabili (e scaricati) dal programma non vi era l'autorizzazione, ma soltanto il parere favorevole del commissario giudiziale. Dallo scambio di *e-mail* prodotto da Astral si evince la conferma che tutti i documenti inviati da Conart erano quelli scaricati dal "*wetransfer*", tra i quali non vi era l'autorizzazione del Tribunale di Isernia. Tale circostanza non è stata specificamente confutata in giudizio (non essendo idoneo allo scopo l'assunto delle appellanti che la trasmissione del 18 marzo 2021 non sarebbe stata contestata dalle controparti, che però è smentito dalle risultanze appena richiamate e dagli scritti di causa).

In definitiva, l'autorizzazione del Tribunale di Isernia risulta essere stata trasmessa alla stazione appaltante soltanto in data 21 aprile 2021, quando erano intervenuti il provvedimento di esclusione e la revoca dell'aggiudicazione, comunicati il 20 aprile 2021.

7.6. Si tratta di produzione irrimediabilmente tardiva come ritenuto dal tribunale.

L'accertata violazione del termine concesso per la richiesta integrazione documentale è sufficiente all'esclusione del concorrente (cfr. Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3590), poiché è stata preclusa alla stazione appaltante la verifica della sussistenza del requisito dell'autorizzazione giudiziale.

8. Il primo motivo di appello va quindi respinto. Essendo stata confermata la legittimità di uno dei due motivi posti a fondamento del provvedimento di esclusione impugnato (mancata dimostrazione del possesso dell'autorizzazione giudiziale), restano definitivamente improcedibili per carenza di interesse le censure avverso il secondo (mancata produzione della relazione del professionista abilitato), riproposte col secondo motivo di appello.

8.1. Sono inoltre assorbite le eccezioni di rito avanzate dalle parti appellate, concernenti l'inammissibilità del ricorso sia di primo che di secondo grado.

8.2. Le spese del grado di appello, regolate secondo il criterio della soccombenza, vanno poste a carico delle società appellanti ed a favore di ciascuna delle parti appellate e liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna le appellanti, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali, che liquida, in favore di ciascuna delle parti appellate, nell'importo di € 5.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giuseppina Luciana Barreca	**Luciano Barra Caracciolo**

IL SEGRETARIO