

TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 5075 del 4 luglio 2025

Appalti di lavori – Omessa produzione DGUE – Soccorso istruttorio – Inutilizzabilità – Applicabile solo per integrare lacune

Pubblicato il 04/07/2025

N. 05075/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00180/2025 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 180 del 2025, proposto da (...) e n.q. di Mandataria del Costituendo (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale (...);

(...), non costituita in giudizio;

nei confronti

(...) in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli

avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- a) del provvedimento del 12/12/2024 con il quale (...) ha aggiudicato al costituendo RTI controinteressato l'appalto per l'affidamento dei lavori di "Adeguamento funzionale dell'impianto di depurazione di (...)";
- b) del disciplinare di gara, pag. 50, art. 17) punto b) ove dovesse essere interpretato nel senso che è sanabile con il soccorso istruttorio anche la completa omissione del DGUE;
- c) del verbale di gara n.4 nel quale la commissione ha attribuito i punteggi alle offerte tecniche;
- d) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del (...), di (...) e di (...) e (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2025 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La ricorrente (...) classificatasi seconda nella graduatoria per l'affidamento dell'appalto di lavori di "*Adeguamento funzionale dell'impianto di depurazione di (...)*", ne ha impugnato l'aggiudicazione deducendone l'illegittimità, in estrema sintesi, per violazione degli artt. 91 e 101, d.lgs. n. 36/2023, avendo la S.A. ritenuto sanabile con il soccorso istruttorio l'omessa produzione del D.G.U.E. della mandante del R.T.I. aggiudicatario (motivo *sub* I), nonché per l'errata valutazione dell'offerta tecnica di quest'ultimo da parte della commissione giudicatrice, in particolare con riferimento al sub-criterio B.4 (motivo *sub* II).

2. – Si sono costituiti in giudizio (...) in resistenza, e il (...), che ha chiesto

l'estromissione dal giudizio per difetto di legittimazione passiva.

Si è costituita la controinteressata (...) in proprio e quale capogruppo del R.T.I. aggiudicatario, che ha chiesto la reiezione del gravame siccome privo di fondamento.

3. – Respinta dalla Sezione l'istanza di tutela cautelare sul ritenuto presupposto del difetto di *fumus boni iuris* “*in quanto il soccorso istruttorio ad oggetto l'omessa produzione del DGUE sembra rientrare nella previsione dell'art. 101 lett. A del d.lgs. n. 36 del 2023*” (ordinanza n. 242/2025), il Consiglio di Stato, premessa la necessità di un approfondimento nel merito delle censure sollevate in ricorso, in riforma dell'ordinanza di prime cure ha stabilito di “*accogliere l'istanza cautelare presentata da parte ricorrente, sospendendo gli atti impugnati ai soli fini di inibire la stipulazione del contratto*” (Sez. V, ordinanza n. 718/2025).

4. – All'udienza pubblica del 7 maggio 2025, in vista della quale le parti hanno scambiato memorie e repliche, ciascuna insistendo per l'accoglimento delle richieste, per come rispettivamente formulate, la controversia è stata trattenuta in decisione.

5. – È fondata, ad avviso del Collegio, diversamente da quanto opinato in sede di sommaria cognizione cautelare, la censura *sub* I, per le ragioni di cui si dà sinteticamente conto appresso.

6. – La posizione della giurisprudenza maturata nella vigenza del d.lgs. n. 50/2016 favorevole alla soccorribilità della omessa presentazione del D.G.U.E. da parte del concorrente trovava, invero, il suo dichiarato fondamento nella lettera del comma 9 dell'art. 83 che, in modo inequivoco, ammetteva espressamente il ricorso al soccorso istruttorio anche nell'ipotesi – invero estrema – di assoluta “*mancanza [...] del documento di gara unico europeo*” (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8465; T.A.R. Bari, sez. III, 6 febbraio 2022, n. 247); era, dunque, “[L]a disciplina legislativa” che consentiva “*di utilizzare l'istituto (anche) in caso di mancanza, oltre che di irregolarità, degli elementi e del dgue, comprendendo, quindi, anche i requisiti di qualificazione, con il limite - nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 del contenuto dell'offerta economica e dell'offerta tecnica*” (Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 2025, n. 1233).

7. – Tale impostazione interpretativa non sembra ulteriormente sostenibile sulla scorta

del dato letterale dell'art. 101 del nuovo codice, il quale ad avviso del Collegio inibisce l'attivazione del soccorso istruttorio nel caso di radicale mancanza del D.G.U.E.

7.1. – Non coglie nel segno il principale argomento speso dalla controinteressata a sostegno della pretesa legittimità dell'attivazione, nella specie, del “*soccorso integrativo/completivo*”, il quale, secondo quanto dedotto, “*contempla proprio ed espressamente – in assoluta continuità con la disciplina previgente di cui all'art. 83, co 9 D.Lgs. 50/2016 - la possibilità di integrare la documentazione amministrativa di ogni documento mancante, qual è appunto il DGUE della mandante (...), ossia un documento pacificamente rientrante nella “documentazione amministrativa” ex art. 17 del Disciplinare di gara, restando invece esclusa (sempre in continuità con la disciplina pregressa) la soccorribilità della diversa documentazione che attenga invece ad elementi che compongano l'offerta tecnica e l'offerta economica*”.

7.2. – L'aggiudicataria evoca, in particolare, la norma di cui al comma 1, lett. a) dell'art. 101, d.lgs. n. 36/2023 *cit.*, dalla giurisprudenza ritenuta “*non difforme dall'art. 83, comma 9), che mira, in termini essenzialmente quantitativi, al recupero di carenze della c.d. documentazione amministrativa necessaria alla partecipazione alla gara (con esplicita esclusione, quindi, della documentazione inerente l'offerta, sia sotto il profilo tecnico che sotto il profilo economico), sempreché non si tratti di documenti bensì non allegati, ma acquisibili direttamente dalla stazione appaltante (in prospettiva, tramite accesso al fascicolo virtuale dell'operatore economico)*” (si v. Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023 n. 7870, ripreso dalla successiva giurisprudenza).

7.3. – La norma prevede, però, testualmente l'assegnazione di un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per integrare “*ogni elemento mancante*” della documentazione “*trasmessa [...] con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo*”, con ciò presupponendo l'esistenza (della domanda o) del D.G.U.E. e, per quanto incompleta, la relativa produzione da parte del concorrente alla S.A.

7.4. – La differenza rispetto al previgente art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 – sul quale poggiava, come accennato, l'interpretazione della giurisprudenza favorevole a riconoscere la legittimità, nella vigenza del codice del 2016, della soccorribilità nel caso di

manca *tout court* del D.G.U.E – è, dunque, assai marcata.

8. – La formulazione dell’art. 101 *cit.* sembra non consentire più di ritenere sanabile l’omessa produzione del D.G.U.E.

8.1. – Il dato letterale – e la riconosciuta primazia del relativo criterio interpretativo – non pare superabile, per tale specifico profilo, a meno di volerne disconoscere completamente la valenza precettiva, dando la norma *pro non scripta*.

8.2. – Risulta ragionevole, in definitiva, riconoscere che è stato codificato, a fronte dell’inequivoco dato di diritto positivo, un limite “*quantitativo*” del “*soccorso integrativo/completivo*” ex art. 101, comma 2, lett. a), *cit.*, operante sul piano dell’oggetto, dato dall’impossibilità di avvalersi dell’istituto allo scopo di supplire all’omessa produzione del D.G.U.E, posto che l’integrazione istruttoria, per come normata, logicamente presuppone l’esistenza, per quanto qui di interesse, di un D.G.U.E. che ha formato oggetto di trasmissione alla S.A., potendo essa avere ad oggetto, come detto, “*ogni elemento mancante*” della “*documentazione trasmessa [...] con il documento di gara unico europeo*” e non – quindi – il D.G.U.E. stesso.

8.3. – La radicalità della carenza costituita dall’integrale omissione della produzione del D.G.U.E. (equiparata alla mancata presentazione della domanda di partecipazione) sembra precludere, dunque, nel rinnovato impianto codicistico – per scelta esplicita del Legislatore che, diversamente da quanto obiettato dalla difesa della controinteressata, non presenta, ad avviso del Collegio, profili di criticità rispetto a quanto stabilito dall’art. 56, comma 3, Direttiva 2014/24/UE stante la “*salvezza*” di una “*disposizione contraria del diritto nazionale*” ivi contenuta – la legittima attivazione, in casi del genere, del soccorso istruttorio.

8.4. – Pur nella consapevolezza che “*l’istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241 del 1990), ad una fondamentale principio antiformalistico che guida l’azione dei soggetti pubblici ed equiparati*”, facendosi carico “[C]on riguardo alle procedure di evidenza pubblica [...] di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la

partecipazione alla gara si risolvano - laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti - in inutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell'attività amministrativa" (Cons. Stato, Sez. V, 2 aprile 2025, n. 2789), l'impiego nell'art. 101, c.2., lett. a) *cit.*, del verbo "*trasmessa [...] con il documento di gara unico europeo*" in luogo di altre possibili formule verbali (quali ad esempio "*richiesta dal*" ovvero "*prevista dal*" o anche "*di cui al*") induce il Collegio a ritenere che il Legislatore, in consapevole discontinuità rispetto al passato, abbia optato per la necessaria "*materialità*" del D.G.U.E., potendosi, in altri termini, "*integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo*", non anche la carenza (della domanda di partecipazione o) del documento di gara unico europeo in sé.

9. – Il nuovo codice, del resto, dedica al soccorso istruttorio una autonoma e più articolata disposizione (art. 101, d.lgs. n. 36/2023) che supera talune incertezze maturate nella prassi operativa (in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023 n. 7870); in tale quadro, la discontinuità interpretativa, sullo specifico profilo della soccorribilità della omessa produzione del D.G.U.E., rispetto al codice previgente, radicata sul nuovo formante normativo, pare ulteriormente supportata dalla formulazione della lett. b) del comma 2 del *cit.* art. 101, riguardante il cd. soccorso sanante, che in effetti fa riferimento a "*ogni omissione, inesattezza o irregolarità [...] del documento di gara unico europeo*", anche in tal caso postulandone l'esistenza.

9.1. – Non possono che recedere, dunque, a fronte dell'espressa previsione di legge, gli argomenti ulteriormente valorizzati dalla difesa del R.t.i. aggiudicatario e dalla S.A. con i quali è reclamato, in coerenza alla summenzionata *ratio* antiformalistica che informa l'istituto del soccorso istruttorio nelle pubbliche gare, "*il pacifico possesso in capo al RTI aggiudicatario di tutti i necessari requisiti di partecipazione*" ovvero, ancora, che fanno leva sul principio del *favor participationis* ovvero su quello del risultato, per dedurre la legittimità della contestata aggiudicazione.

10. – Sulla scorta dei rilievi che precedono, il ricorso merita accoglimento, rivelandosi

fondato e assorbente – attesa l’evidente radicalità del vizio dedotto – il motivo *sub* I, con conseguente illegittimità dell’impugnata aggiudicazione in favore del R.T.I. (...) s.p.a.

11. – Le spese, vista la novità della questione e la possibile controvertibilità della prospettata soluzione ermeneutica, vanno integralmente compensate tra le parti in controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla l’impugnata aggiudicazione di cui al provvedimento (...) del 12/12/2024.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario, Estensore

Fabio Di Lorenzo, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO