# Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 1434 del 13 febbraio 2024

Appalti di lavori – Attestazione SOA – Richiesta requisiti di capacità tecnica e finanziaria ulteriori – Legittimità

Pubblicato il 13/02/2024

**N. 01434/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 05410/2023 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 numero di registro generale 5410 del 2023, proposto da (…) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (…), rappresentata e difesa dall'avvocato (…), con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

**contro**

Comune di (…), non costituito in giudizio;

**nei confronti**

(…) s.r.l., non costituita in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata n. 259 del 2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2023 il Cons. Stefano Fantini;

Viste le conclusioni come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La (…) s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 3 maggio 2023, n. 259 del Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, che ha accolto il ricorso principale della (…) s.r.l. avverso la determinazione comunale in data 22 dicembre 2022 con cui il Comune di (…) ha aggiudicato all'appellante la procedura aperta per l'affidamento dei "*lavori di ristrutturazione dello stadio comunale Gennaro Filardi, con rifacimento del manto di gioco in erba sintetica*" e anche il ricorso incidentale escludente della stessa (…).

All'esito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara è risultata aggiudicataria la (…) s.r.l.

2. - Con il ricorso in primo grado la (…) s.r.l. ha impugnato l'aggiudicazione in favore della (…), deducendo che la stessa era priva del requisito di qualificazione afferente all'attestazione di avere eseguito precedenti attività di costruzioni e manutenzione di impianti sportivi come prescritto dall'art. 16 del disciplinare, criterio P3, e doveva pertanto essere esclusa dalla gara.

La (…), a sua volta, ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della (…) s.r.l. nell'assunto che non aveva prodotto i "*test report LND*" previsti dalla *lex specialis* di gara a pena di esclusione.

3. - La sentenza impugnata ha accolto sia il ricorso principale che quello incidentale, rilevando anzitutto la mancata produzione, da parte della società (…), degli "*attestati per le attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi, rilasciati da enti*

*certificatori accreditati*", come pure dei documenti a comprova della riciclabilità del manto sintetico "62 Double X Plus Ecogreen GC", requisiti di partecipazione prescritti dalla *lex specialis* (rispettivamente, art. 16, criterio P3, e criterio P1.9 del disciplinare di gara) a pena di esclusione. Con riferimento al ricorso incidentale, la sentenza ha ritenuto che la (…) s.r.l. non ha prodotto nella relazione tecnica i "*test report LND*" previsti a pena di esclusione dal disciplinare di gara, all'art. 16, in relazione al criterio P1. Conseguentemente, la sentenza ha annullato gli atti di gara nella parte in cui hanno consentito la partecipazione alla procedura sia della (…) s.r.l., sia della (…) s.r.l., nonché, conseguentemente, nella parte in cui hanno disposto l'aggiudicazione in favore della (…) s.r.l.

4. - Con il ricorso in appello la (…) s.r.l. ha criticato la sentenza con riguardo all'accoglimento del ricorso principale, che ne ha determinato l'annullamento dell'aggiudicazione, deducendo che gli attestati per attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi non costituivano requisito di qualificazione od addirittura di partecipazione alla procedura, essendo rilevanti ai soli fini dell'attribuzione del punteggio; in ogni caso, per l'appellante, sarebbe vietato negli appalti di lavori richiedere requisiti di capacità tecnica e finanziaria diversi dalla qualificazione SOA, aggiungendo ancora che la mancata produzione dell'attestato di riciclabilità del manto comportava non già l'esclusione, ma solamente l'attribuzione di un punteggio pari a zero (trattandosi di criterio premiale).

5. - Nella mancata costituzione in giudizio delle parti resistenti, all'udienza pubblica del 16 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo mezzo di gravame censura la statuizione di accoglimento del primo motivo di ricorso concernente la mancata produzione, da parte della (…), degli "*attestati per le attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi, rilasciati da enti certificatori accreditati*", requisiti di ordine speciale prescritti dall'art. 16, criterio P3, del disciplinare a pena di esclusione (in aggiunta al possesso dell'attestazione SOA

per le categorie OS6 Classe II ed OG1 Classe I, prevista dall'art. 7.3). Deduce l'appellante che la predetta attestazione non è un requisito di qualificazione e tanto meno di partecipazione alla gara, in quanto non contemplato nel paragrafo III.3 (condizioni di partecipazione) del bando di gara; il possesso di siffatta documentazione consentiva solamente l'attribuzione di un punteggio premiale (14 punti) di cui al criterio P3 (pagina 33 del disciplinare).

Il secondo motivo, che può essere esaminato congiuntamente al primo in ragione del rapporto di complementarietà, deduce poi che i predetti attestati non costituiscono requisiti di partecipazione, in quanto nella elencazione contenuta nella tabella a pagina 33 del disciplinare non risultano attestati per attività di costruzione e manutenzione; in ogni caso l'appellante possiede il certificato di qualità ISO per il settore IAF28, che si riferisce alle costruzioni.

I motivi sono infondati.

Occorre chiarire che non risultano congruenti i parametri di legittimità che l'appellante inferisce dalla *lex specialis*.

Procedendo per ordine, i requisiti di partecipazione non sono desumibili in modo esaustivo dalla Sezione III.3 del bando di gara, la quale, nel dettare le "condizioni di partecipazione", fa rinvio alle specifiche disposizioni del disciplinare.

Il disciplinare, a sua volta, all'art. 6, definisce i requisiti generali e all'art. 7 i requisiti speciali.

Guardando, *ratione materiae*, all'art. 7 (requisiti speciali e mezzi di prova), è richiesta, a pena di esclusione, al punto 7.3, quale dimostrazione di "capacità tecnica e professionale", la "attestazione SOA per le categorie OS6 Classe II ed OG1 Classe 1".

Non può peraltro escludersi che il disciplinare di gara introduca, accanto all'ordinario sistema di qualificazione (attraverso gli attestati SOA) caratterizzante gli appalti di lavori, un requisito ulteriore quale contenuto dell'offerta tecnica, purché sia congruo con l'oggetto dell'appalto. Nella fattispecie controversa l'art. 16

del disciplinare, concernente l'offerta tecnica, prevede che la busta telematica "offerta tecnica" debba includere, a pena di esclusione, una serie di documenti, tra cui la "*relazione criterio P3 : qualificazione impresa*", la quale dovrà contenere gli "*attestati per le attività di costruzione e manutenzione di impianti sportivi, rilasciati da enti certificatori accreditati*". Il disciplinare configura questi attestati come un requisito di qualificazione e di partecipazione alla gara; non occorre dunque indugiare sul rapporto tra requisito di qualificazione e di partecipazione, pur potendosi affermare che, in linea di principio, negli appalti di lavori il possesso della qualificazione nella categoria prevalente giustifica di per sé la partecipazione alla gara (nei raggruppamenti il discorso è invece più complesso e si pone il problema del rapporto tra i requisiti di qualificazione e la quota di partecipazione al raggruppamento e la quota di esecuzione della prestazione).

Va peraltro aggiunto che la sentenza di prime cure ha posto in evidenza (circostanza rimasta incontestata) che «*l'aggiudicataria ha presentato soltanto certificati concernenti la costruzione e manutenzione di edifici civili, la costruzione di strade, acquedotti e fognature, la manutenzione di immobili sottoposti a tutela, senza tuttavia presentare gli attestati di cui all'art. 16, criterio P3, così chiaramente integrando una violazione delle prescrizioni sanzionate con l'espulsione dalla gara*».

Né appare sostenibile l'assunto dell'appellante secondo cui la comminatoria di esclusione riguarderebbe solamente la relazione, atteso che, quanto meno per il criterio P3, essa non ha un valore contenutistico, ma si caratterizza come mero contenitore degli attestati.

2. - Il terzo e il quarto motivo deducono poi che il requisito di capacità tecnica e finanziaria per gli appalti di lavori (di valore inferiore a 20 milioni di euro) è costituito unicamente dall'attestazione SOA (*ex* art. 60 del d.P.R. n. 207 del 2010, cui fa rinvio, ai fini della sua ultrattività, l'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50 del 2016), di cui l'appellante era in possesso, sì che doveva ritenersi preclusa la richiesta di dimostrazione della qualificazione con modalità diverse; ne discende,

per l'appellante, la nullità della clausola della *lex specialis* ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Anche tali motivi sono infondati.

Invero, la declaratoria di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 si riferisce a clausole del bando che impongono adempimenti formali e non può dunque riguardare prescrizioni contenute nella *lex specialis* di gara attinenti ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica (Cons. Stato, V, 23 agosto 2019, n. 5828; III, 7 luglio 2017, n. 3352), come è invece nel caso di specie. Peraltro, come rilevato dal primo giudice, «*trattandosi della realizzazione di uno stadio comunale, appare logica e ragionevole la scelta di selezionare operatori economici in possesso di attestazioni di qualità riferite alla realizzazione di impianti sportivi*»; non si tratta dunque di un requisito sproporzionato o determinante un'abusiva restrizione dell'accesso concorrenziale (rispetto alla certificazione necessaria ISO 9001), in quanto finalizzato alla dimostrazione della adeguatezza per una commessa con requisiti di specialità.

3. - Il quinto mezzo, che si esamina per completezza di trattazione risultando dirimente la reiezione delle censure precedentemente scrutinate, critica poi l'ulteriore statuizione di primo grado relativa alla mancata produzione, da parte della (…) s.r.l., dei documenti a comprova della riciclabilità del manto sintetico "*62 Double X Plus Ecogreen GC*" (di cui al criterio P1.9) offerto in gara; deduce l'appellante che dalla tabella contenuta nell'art. 18.1 (pagina 32) del disciplinare emergerebbe che la mancata produzione dell'attestato di riciclabilità avrebbe dovuto comportare non già l'esclusione, ma l'attribuzione di un punteggio pari a zero; anche in tale caso la sentenza appellata avrebbe fatto un'erronea commistione tra requisiti di partecipazione e criteri premiali. In ogni caso, per l'appellante, l'attestato di riciclabilità prodotto è riferibile al prodotto offerto, in quanto riguarda il manto 52, di cui il manto 62, dello stesso produttore, sarebbe l'evoluzione; la validità dell'attestazione è oggetto della certificazione che è stata

erroneamente ritenuta inammissibile in quanto postuma, senza tenere conto della possibilità di soccorso istruttorio processuale.

Il motivo è infondato.

Anche con riguardo al criterio P1 (profilo tecnico manto erba sintetica), come si è già osservato al punto *sub* 1) della motivazione, vale la considerazione per cui l'art. 16 del disciplinare richiede la relazione a pena di esclusione; detta relazione deve contenere l'attestato di sistema LND; non si tratta dunque soltanto di un criterio premiale.

La certificazione versata in atti, circa l'equivalenza dell'attestato di riciclabilità per il manto 52 con il manto 62, non è comunque suscettibile di soccorso istruttorio processuale, in quanto lo stesso deve attenere a carenze di natura formale, afferenti cioè ad attività vincolata, e tradursi dunque nell'accertamento della sussistenza del requisito non dichiarato (Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2242); solo tale condizione consente al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione.

Ma un'attestazione finalizzata a dimostrare l'equivalenza non vale a supplire la carenza di un elemento formale dell'offerta ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto presuppone un documento tecnico inadeguato; altrimenti opinando, il soccorso istruttorio sia in sede procedimentale che in sede processuale comporterebbe una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo rispetto a quelli prodotti in gara (così Cons. Stato, III, 7 luglio 2022, n. 5650).

4. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso in appello va respinto.

Non v'è luogo a provvedere sulle spese di giudizio, stante la mancata costituzione in giudizio delle parti intimate.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

| **L'ESTENSORE** | **IL PRESIDENTE** |
| --- | --- |
| **Stefano Fantini** | **Rosanna De Nictolis** |

IL SEGRETARIO