

## **Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 6875 del 31 luglio 2024**

Appalti di servizi – Soccorso istruttorio – Tre tipologie – Soccorso procedimentale – Utilizzabile per chiarire ambiguità delle offerte

Pubblicato il 31/07/2024

**N. 06875/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 01977/2024 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 1977 del 2024, proposto in relazione alla procedura CIG (...) da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

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

(...) S.r.l., non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 01330/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (...) e (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati (...), (...) e (...);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto per la manutenzione straordinaria e ordinaria degli impianti ascensori degli immobili dell'agenzia regionale per l'edilizia residenziale (...) (dunque ascensori degli alloggi popolari). Importo a base d'asta: oltre 2 milioni 40 mila euro.

(...) (attuale gestore del servizio) veniva esclusa in quanto non avrebbe superato la soglia di sbarramento di 32 punti dell'offerta tecnica a tal fine prescritta dalla legge di gara. In particolare sarebbe stata ritenuta non in possesso della certificazione sulla sicurezza negli ambienti di lavoro ISO 45001. Non essendo stati attribuiti i 4 punti previsti, ciò comportava un punteggio di 30 punti (e non di 34) in questo modo inferiore alla predetta soglia di sbarramento.

2. Il provvedimento di esclusione veniva gravato dinanzi al TAR Campania il quale, pur riconoscendo la tempestività del gravame (la c.d. "piena conoscenza" dei motivi di esclusione era avvenuta con ostensione del 23 ottobre 2023, laddove il gravame è stato proposto il successivo 18 novembre 2023), rigettava tuttavia il ricorso di (...) in quanto il possesso della suddetta certificazione, sebbene da non produrre materialmente agli atti di gara, non era stato comunque sufficientemente e adeguatamente indicato nella prescritta relazione tecnica descrittiva. Né sarebbe stato al riguardo possibile fare applicazione del soccorso istruttorio, atteso che nel

caso di specie si sarebbe trattato di sanare una carenza dell'offerta tecnica, operazione come tale inammissibile ai sensi dell'art. 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Nessun difetto di incompetenza poteva inoltre essere invocato atteso che il provvedimento di esclusione era stato comunque adottato dal RUP (il quale rivestiva anche le funzioni di presidente del seggio di gara).

3. La sentenza del TAR Campania veniva appellata per erroneità nella parte in cui:

3.1. Non sarebbe stata considerata la travisata lettura della relazione illustrativa prodotta da (...) all'interno della propria offerta tecnica;

3.2. Non sarebbe stato attivato il soccorso procedimentale per rimuovere in ogni caso eventuali ambiguità nella formulazione della ridetta offerta tecnica;

3.3. Non sarebbe stato rilevato il difetto di motivazione del provvedimento di esclusione;

3.4. Non sarebbe stata considerata l'illegittima aggiudicazione della commessa in favore della (...);

3.5. Non sarebbe stata rilevata la incompetenza della commissione di gara nel disporre la ridetta esclusione (sulla quale avrebbe potuto pronunciarsi solo il RUP).

4. Si costituivano in giudizio (...) e (...) (successiva aggiudicataria del servizio) per chiedere il rigetto del gravame. (...) riproponeva *ex art. 101, comma 2, c.p.a.* l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado.

5. Con ordinanza n. 1119 del 27 marzo 2024 è stata accolta la richiesta di sospensione cautelare della sentenza di primo grado.

6. Alla pubblica udienza dell'11 luglio 2024, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto indecisione.

7. Tutto ciò premesso, innanzitutto il ricorso di primo grado (al di là della ammissibilità o meno della riproposta eccezione) si rivela tempestivo dal momento che:

7.1. L'esclusione dalla gara (per mancato raggiungimento della ridetta "soglia") è stata disposta in data 8 giugno 2023 e formalmente comunicata a (...) il successivo

13 giugno;

7.2. In data 16 giugno 2023, (...) formulava istanza di accesso per acquisire il verbale dell'8 giugno recante le motivazioni dell'esclusione;

7.3. In data 20 giugno 2023, veniva comunicata l'aggiudicazione in favore della ditta (...) (i motivi della esclusione non venivano ancora esternati);

7.4. Dopo due solleciti, il 23 ottobre 2023 veniva infine esibito il verbale in data 8 giugno 2023. Dunque veniva data conoscenza dei motivi dell'esclusione (mancato raggiungimento della soglia di sbarramento anche per omessa dimostrazione circa il possesso del suddetto certificato di qualità 45001);

7.5. Il ricorso veniva notificato il successivo 18 novembre 2023;

7.6. Il ricorso risulta tempestivo alla luce di due specifiche pronunzie di questa stessa sezione n. 2736 del 2023 e n. 2796 del 2023 (rese in ossequio alla sentenza n. 12 del 2020 della Adunanza Plenaria) secondo cui, in estrema sintesi:

7.6.1. In linea generale il termine per impugnare è di 45 giorni dalla comunicazione. Ciò però implica che: a) entro 15 giorni il privato formuli istanza di accesso; b) l'amministrazione consenta l'accesso entro i successivi 15 giorni;

7.6.2. Sul piano patologico: a) se il privato non rispetta il termine di 15 giorni per formulare istanza di accesso, si applica il termine ordinario di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (oppure di esclusione, come nel caso di specie); b) se invece è la PA a non rispettare il termine di 15 giorni per consentire l'accesso, allora i 30 giorni decorrono dalla effettiva ostensione dei documenti ossia dalla "piena conoscenza" dei motivi di aggiudicazione oppure di esclusione, come nella specie;

7.7. Ebbene nel caso di specie si osserva che: a) il termine di 15 giorni per formulare istanza di accesso, termine questo a carico del privato, è stato ampiamente rispettato (comunicazione esclusione del 13 giugno; istanza di accesso del successivo 16 giugno); b) il termine di 15 giorni a carico dell'amministrazione per esibire la richiesta documentazione (e dunque anche i motivi della esclusione)

non è stato invece platealmente rispettato (istanza di accesso del 16 giugno; ostensione effettiva del 23 successivo ottobre);

7.8. Dunque il termine di 30 giorni ha formato oggetto di *riespansione* dal momento in cui il privato ha avuto “piena conoscenza” delle motivazioni sottese alla esclusione, ossia con l’ostensione documentale del 23 ottobre 2023. Pertanto il ricorso è tempestivo in quanto notificato il successivo 18 novembre 2023.

8. Nel merito l’appello si rivela peraltro fondato per le ragioni che verranno di seguito esposte.

9. Quanto al primo motivo di appello, la stazione appaltante ritiene che il possesso della certificazione di qualità ISO 45001 per la sicurezza nei luoghi di lavoro (che avrebbe comportato 4 punti in più e dunque il superamento della ridetta soglia di sbarramento) non sarebbe stato adeguatamente dimostrato da (...). Ad una attenta lettura degli atti di gara emerge invece che:

9.1. Come pure evidenziato dal giudice di primo grado: *“per quanto concerne il possesso della Certificazione 45001 (così come, peraltro, in riferimento ad altre certificazioni rilevanti quali criteri di attribuzione del punteggio) al momento della presentazione dell’offerta tecnica considerava sufficiente la dichiarazione, salvo comprovarsi documentalmente quanto dichiarato in ipotesi di aggiudicazione”*. Tale statuizione, che non ha formato oggetto di appello e deve dunque ritenersi essere passata in giudicato, trova peraltro conferma dalle disposizioni del disciplinare di gara da cui si ricava che non si chiedeva né di allegare in gara documentazione a comprova, né di specificare gli estremi della certificazione dichiarata, risultando a tal fine sufficiente (ossia al momento della presentazione dell’offerta tecnica) la mera dichiarazione circa il possesso di siffatte certificazioni di qualità. Ciò risulta piuttosto evidente ad una attenta lettura della sezione XI, paragrafo 3 (pag. 19 del disciplinare) ove si stabilisce che “Il Concorrente dovrà illustrare la propria offerta tecnica attraverso la presentazione di una relazione tecnica illustrativa” (senza dunque prescrivere ulteriori oneri tra cui la allegazione delle certificazioni dichiarate) nonché della sezione XIII, par. 1.1.

(pag. 26 del disciplinare) ove si afferma che la documentazione non versata agli atti di gara dovrà essere prodotta dalla prima classificata entro 10 giorni dalla aggiudicazione;

9.2. Dal canto suo, l'offerta tecnica andava formulata come anticipato attraverso la presentazione di una "relazione tecnica illustrativa";

9.3. Al punto 1.3.2. del disciplinare di gara, era espressamente prevista l'assegnazione di 4 punti nel caso di "Possesso della certificazione della sicurezza ISO 45001";

9.4. Tanto ulteriormente premesso, alle pagg. 35 e 36 della relazione tecnica di (...), depositata agli atti di gara ai fini della valutazione dell'offerta tecnica, si cita – seppure molto sinteticamente – il possesso di tale certificazione;

9.5. Più in particolare alla pag. 36 si indica, in forma di "schema sintetico", l'elenco delle certificazioni di qualità disponibili e quindi possedute da (...), tra cui anche la ISO 45001. Tale elenco era formato in modo piuttosto chiaro ed analitico, circa le certificazioni possedute, tra cui anche quella oggetto della presente controversia (45001). Il possesso della certificazione richiesta risulta dunque essere stato dichiarato in modo univoco ed obiettivo;

9.6. La commissione di gara non avrebbe dovuto effettuare alcun sforzo interpretativo di particolare intensità, onde comprendere tale dichiarazione di possesso (cfr. pag. 9 della memoria ACER del 12 marzo 2024);

9.7. La Commissione, più semplicemente, "non ha girato pagina" (ossia da pag. 35 a pag. 36), come risulta piuttosto evidente ad una mera lettura degli atti di gara;

9.8. La difesa di (...) ritiene che l'elencazione di cui alla pag. 36 della relazione tecnica illustrativa di (...) sarebbe "palesamente generica e confusionaria" e conterrebbe altresì "una serie di certificati non richiesti". Al contrario, ritiene il collegio che lo "schema sintetico" di cui alla richiamata pag. 36 si riveli piuttosto specifico, ben articolato ed anche sufficientemente dimensionato (si riportano in tutto sette certificazioni aziendali, ossia un numero piuttosto limitato da cui si

poteva ben evincere e individuare la certificazione richiesta ossia la 45001);

9.9. Né può essere condivisa la posizione difensiva ulteriormente assunta da (...) e (...) secondo cui, in estrema sintesi:

9.9.1. Dalla documentazione amministrativa non sarebbe rinvenibile traccia della certificazione richiesta (pag. 9 della memoria (...) in data 12 marzo 2024). Tale onere di allegazione, come specificato al punto 9.1., non era tuttavia richiesta dalla legge di gara;

9.9.2. (...) non avrebbe mai indicato “gli estremi della certificazione (numero, ente certificatore, data di rilascio e/o scadenza), né ha allegato un’immagine anche parziale del certificato richiesto” (pag. 7 della memoria (...) in data 22 marzo 2024 nonché pagg. 7 ed 8 della memoria (...) del 24 giugno 2024). Incombenti anche questi insussistenti alla luce delle stesse conclusioni di cui al citato punto 9.1.;

9.9.3. La valutazione della commissione di gara non sarebbe stata discrezionale ma vincolata, ossia del tipo tabellare on/off (in altre parole: se la certificazione 45001 sussisteva sarebbero stati attribuiti 4 punti; in caso contrario sarebbero stati assegnati zero punti). Si veda sul punto la memoria (...) del 24 giugno 2024 (pagg. 5-9). Una simile constatazione non incide sulla erroneità dell’accertamento commesso dalla commissione di gara (circa la ritenuta assenza della ridetta certificazione di qualità), accertamento che comunque andava svolto preliminarmente e che dunque assumeva valore necessariamente propedeutico rispetto alla attribuzione del punteggio seppur in modo automatico. In altre parole la assegnazione del punteggio, sebbene da esprimere in forma tabellare ossia vincolata, non escludeva la congruità e la correttezza dell’accertamento da effettuare “a monte” del processo di valutazione. Accertamento che si è rivelato non correttamente effettuato alla luce delle considerazioni sopra partitamente svolte;

9.10. Da quanto sopra complessivamente detto consegue l’accoglimento del primo motivo di appello, atteso che la commissione di gara ha assunto un

comportamento del tutto contrario ad ogni norma di buona amministrazione e senza la necessaria diligenza e professionalità che è richiesta in simili circostanze.

10. Quanto al secondo motivo di appello, anche questo è fondato dal momento che, qualora la formulazione della relazione tecnica (ossia della relativa offerta) fosse stata ritenuta “ambigua” o non meglio specificata, la stazione appaltante avrebbe dovuto fare ricorso al c.d. “soccorso procedimentale” il quale si applica proprio per chiarire il contenuto e la volontà effettiva dell’offerta tecnica e di quella economica.

Si veda al riguardo la sentenza di questa stessa sezione n. 7870 del 21 agosto 2023 secondo cui sussistono almeno tre forme di soccorso istruttorio e, in particolare:

*“a) soccorso integrativo o completivo (comma 1, lettera a) dell’art. 101 d. lgs. n. 36 cit., 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);*

*b) soccorso sanante (comma 1 lettera b), anche qui non difforme dall’art. 83, comma 9 del d. lgs. n. 50), che consente, in termini qualitativi, di rimediare ad omissioni, inesattezze od irregolarità della documentazione amministrativa (con il limite della irrecuperabilità di documentazione di incerta imputazione soggettiva, che varrebbe a rimettere in gioco domande inammissibili);*

*c) soccorso istruttorio in senso stretto (comma 3), che - recuperando gli spazi già progressivamente riconosciuti dalla giurisprudenza alle forme di soccorso c.d. procedimentale - abilita la stazione appaltante (o l’ente concedente) a sollecitare chiarimenti o spiegazioni sui contenuti dell’offerta tecnica e/o dell’offerta economica, finalizzati a consentirne l’esatta acquisizione e a ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante, superandone le eventuali ambiguità, a condizione di pervenire ad esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale assunto, e fermo in ogni caso il divieto (strettamente correlato allo stringente vincolo della par condicio) di apportarvi qualunque*

*modifica*".

Ebbene nel caso di specie sicuramente si poteva ricorrere alla terza tipologia di soccorso procedimentale dal momento che, anche a voler ammettere l'ambiguità della formulazione utilizzata nella relazione tecnica illustrativa (pagg. 35 ed 36), ciò avrebbe ben potuto formare oggetto di maggiore chiarimento ad opera della stessa società (...). Il tutto senza che una simile operazione potesse comportare una eventuale correzione o integrazione dell'offerta stessa.

Tale peculiare forma di soccorso, erroneamente, non è stata invece ritenuta percorribile dalla stazione appaltante e neppure dal TAR.

Di qui l'accoglimento, altresì, del secondo motivo di appello.

11. In conclusione il ricorso in appello, assorbita ogni altra censura, è fondato e deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza di primo grado.

12. L'annullamento del provvedimento di esclusione di cui al verbale in data 8 giugno 2023, e della connessa comunicazione in data 13 giugno 2023, si estende altresì, per rapporto di consequenzialità, all'atto di aggiudicazione n. 621 del 20 giugno 2023.

13. Quanto alla invocata inefficacia del contratto stipulato con la (...), nonché al successivo subentro nella commessa stessa da parte di (...), tali statuizioni vanno condizionatamente disposte all'esito positivo della gara, in favore di (...) stessa, ossia in seguito alla ripetizione della procedura competitiva a partire dalla riammissione della odierna appellante.

14. Si rigetta infine la richiesta di risarcimento danni, e ciò in quanto la certezza circa l'ottenimento del bene della vita (aggiudicazione della commessa e conseguente subentro nel contratto da parte di (...)) si potrà raggiungere soltanto in esito alla suddetta ripetizione della gara, non potendo questo giudice pronunciarsi preventivamente su determinati aspetti (sorti della gara oggetto di ripetizione) pena la violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., trattandosi di poteri della PA non ancora esercitati.

Con la precisazione che, in caso di esito positivo della gara (da ripetere) per la odierna appellante, nei confronti di (...) dovrà accordarsi il risarcimento in forma specifica mediante stipula di un contratto di manutenzione di pari durata rispetto a quello previsto dalla legge di gara nonché di pari importanza, in termini contrattuali ed economici, riguardo agli impegni pattizi sinora oggetto di concreta esecuzione da parte della (...).

15. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono 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 accoglie e in riforma della gravata sentenza accoglie altresì il ricorso di primo grado. Con le conseguenti statuizioni in termini di annullamento dei gravati atti (punto n. 12), inefficacia condizionata del rapporto contrattuale in essere (punto n. 13) e possibile risarcimento del danno patito (punto n. 14).

Condanna l'amministrazione appellata e la società (...) intimata alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio, da liquidare nella complessiva somma di euro 4.000 (quattromila/00), oltre IVA e CPA, somma da porre a carico di ciascuna delle due parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Marina Perrelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Massimo Santini**

**IL PRESIDENTE**

**Diego Sabatino**

**IL SEGRETARIO**