

TAR Lazio, Sezione Quinta, Sentenza n. 18000 del 17 ottobre 2024

Appalti di lavori – Omessa presentazione di certificazioni in offerta tecnica – Soccorso istruttorio –
Inammissibilità

Pubblicato il 17/10/2024

N. 18000/2024 REG.PROV.COLL.

N. 08525/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8525 del 2024, proposto dal Consorzio Stabile (...) S.c.a.r.l., 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

(...) S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

Ministero (...), in persona del Ministro in carica; Ministero (...), in persona del Ministro in carica; (...), in persona del Presidente in carica; Ministero (...) in persona del Ministro in carica; Ministero (...), in persona del Ministro in carica; Ministero (...), in persona del Ministro in carica; tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determina del 28 giugno 2024 con cui l'amministratore delegato della (...) S.p.A. ha approvato la proposta di aggiudicazione all'(...) S.r.l. della procedura aperta indetta per l'affidamento, mediante Accordo Quadro, dell'esecuzione dei lavori del programma "PNRR Caput Mundi – Next Generation EU", relativi all'intervento n. Id. 31 di cui all'Allegato 2 al DPCM 08/06/2023 "Teverever riqualficazione riva sinistra" (LAVAP24067- CIG: (...) - CUP: (...)) (All. 2), nonché della relativa proposta di aggiudicazione;
- del verbale di gara del 11 giugno 2024, conosciuto in data 3 luglio 2024, nella parte in cui la commissione giudicatrice ha assegnato n. 0 punti all'odierna ricorrente in riferimento al criterio C.4 dell'offerta tecnica (All. 3);
- della nota prot. 3480 in data 10 luglio 2024, nella parte in cui la stazione appaltante, a fronte dei rilievi formulati dal consorzio ricorrente, ha confermato l'assegnazione di n. 0 punti all'odierna ricorrente per il criterio C.4 (All. 4);
- della nota prot. 3641 in data 16 luglio 2024, nella parte in cui la stazione appaltante ha comunicato il diniego dell'istanza di riesame formulata dal Consorzio deducente per l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione disposta in favore della (...) S.r.l. (All. 5);
- del Disciplinare di gara in parte qua, laddove interpretato nel senso di impedire il soccorso procedimentale in caso di allegazione di certificazioni non più in corso di validità (All. 6);
- di tutti i verbali di gara e di ogni altro atto anteriore, successivo, preordinato, connesso e consequenziale che, ancorché non conosciuto, possa comunque ledere gli interessi della società ricorrente;

e per la condanna della (...) S.p.A. al risarcimento del danno ingiusto arrecato alla ricorrente in forma specifica mediante (ri)aggiudicazione dell'appalto in favore della (...) S.c.a.r.l. con subentro ex art. 122 c.p.a., nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato con l'illegittima aggiudicataria;
con conseguente declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato con l'illegittima aggiudicataria;
e con riserva di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà della odierna ricorrente.

b) per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da (...) S.r.l.:
dell'operato della Stazione appaltante relativo alla valutazione dell'offerta del ricorrente Consorzio (...) S.c.a.r.l. con riguardo al criterio di valutazione E.1.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero (...) e del Ministero (...), della (...) e di (...) S.r.l., nonché del Ministero (...) e del Ministero (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2024 la dott.ssa Ida Tascone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con l'odierno ricorso il Consorzio Stabile (...) S.c.a.r.l., classificatosi al secondo posto nella graduatoria definitiva di gara, ha impugnato l'aggiudicazione del 28 giugno 2024 adottata dalla società (...) S.p.A., mediante la quale è stata approvata la proposta di aggiudicazione all'(...) S.r.l. della procedura aperta indetta per l'affidamento, mediante Accordo Quadro, dell'esecuzione dei lavori del

programma “PNRR Caput Mundi – Next Generation EU”, relativi all’intervento n. Id. 31 di cui all’Allegato 2 al d.P.C.M. 8 giugno 2023 “*Tevever riqualficazione riva sinistra*” (LAVAP24067- CIG: (...) - CUP: (...)).

In punto di fatto si premette quanto segue:

- La società (...) S.p.A. ha indetto la procedura di gara avente ad oggetto l’affidamento mediante Accordo Quadro, per conto del soggetto attuatore (...), dei lavori relativi all’intervento Id. 31 di cui all’Allegato 2 al DPCM 8 giugno 2023 “*Tevever riqualficazione riva sinistra*” per un importo complessivo di € 5.100.000,00 ed una durata di 48 mesi, con criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

- Per quanto di interesse in questa sede, il disciplinare di gara, nell’individuare (al punto 16) i contenuti ed i criteri e sub-criteri di valutazione dell’offerta tecnica (alla tabella di cui al punto 18.1) ai fini dell’attribuzione del relativo punteggio, ha previsto fra l’altro, i seguenti elementi:

“C.4 CRITERIO PREMIALE PREVISTO DAL PNRR: Possesso della Certificazione di Responsabilità Sociale d’Impresa (Social Accountatbility) SA 8000 o equivalente. Ai fini dell’attribuzione del punteggio relativo al presente sub criterio dovranno essere forniti gli estremi della Certificazione in corso di validità allegandone copia”;

“E. CRITERIO PREMIALE PREVISTO DAL PNRR: Parità di genere ..adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, comprovata dal possesso della certificazione della parità di genere di cui all’art. 46-bis del Codice delle Pari Opportunità tra uomo e donna, di cui al D.lgs. 11/4/2006, n. 198. Il concorrente allega la relativa certificazione. In assenza dell’allegata certificazione tale fattore non sarà considerato al fine dell’assegnazione del punteggio di cui al successivo punto 18.1”.

- Dalla lettura della medesima disposizione del disciplinare si evince sia la natura dei suddetti criteri che le modalità di valutazione secondo il metodo *on-off* (non discrezionale, ovvero tabellare), laddove si chiarisce che “*N.B. Con riferimento alle certificazioni richieste nell’Offerta tecnica, si evidenzia che in caso di mancata allegazione del*

certificato il punteggio assegnato sarà pari a zero. In caso di concorrente plurisoggettivo, la certificazione dovrà essere posseduta: in caso di RTI dal/dai soggetto/i che eseguono almeno il 50% delle prestazioni oggetto dell'appalto; in caso di consorzio dal consorzio stesso o dalla consorziata esecutrice indicata. Nel caso in cui siano presenti più consorziate esecutrici la certificazione dovrà essere posseduta dal consorzio stesso o dalle consorziate che eseguono almeno il 50% delle prestazioni oggetto dell'appalto”.

- Con riferimento ai citati criteri C.4 ed E.1, l'odierna ricorrente ha conseguito un punteggio pari a zero, che ha determinato - a seguito della valutazione complessiva della documentazione afferente la parte tecnica ed economica - la sua collocazione al secondo posto con un punteggio di 72,15 punti, dopo la controinteressata (...) S.r.l., collocata al primo posto con un punteggio totale pari a 72,81 punti.

- Con nota del 5 luglio 2024, il Consorzio Stabile (...) S.c.a.r.l. ha chiesto la rettifica del Verbale dell'11 giugno 2024, recante il sinottico dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, ritenendo di aver correttamente allegato le certificazioni richieste, anche con riferimento ai criteri premiali concernenti la responsabilità sociale d'impresa e la parità di genere, e, per l'effetto, di meritare una maggiorazione nella graduatoria di n. 4 punti rispetto a quelli assegnati dalla Commissione.

- A fronte del diniego espresso in merito all'istanza di rettifica proposta, l'operatore economico secondo classificato ha sollecitato l'esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante al fine di ottenere l'attribuzione dei punti previsti per il possesso della certificazione SA 8000, in relazione al criterio C.4., e l'affidamento della commessa in parola, con la successiva istanza di annullamento del 12 luglio 2024.

- L'istanza è stata respinta, giusta nota prot. n. 3641 del 16 luglio 2024, mediante la quale (...) S.p.A. ha confermato il provvedimento di aggiudicazione relativo alla procedura *de qua*, adottato in favore dell'odierna controinteressata.

Il gravame risulta affidato ai seguenti motivi di ricorso:

I. Violazione dell'art. 101, co. 3, del D.Lgs. n. 36/2023 s.m.i. con riferimento all'attribuzione

del punteggio premiale C.4 di cui al disciplinare di gara. - Violazione dei principi generali in materia di massima partecipazione e di par condicio, proporzionalità, correttezza e buona amministrazione. – Violazione dei principi generali del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (artt. 1, 2 e 3 del D.Lgs. n. 36/2023 s.m.i. - Eccesso di potere sotto i profili sintomatici della carenza di istruttoria, omessa e/o erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e delle risultanze documentali nonché per difetto, contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza della motivazione; sviamento e ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (punto E, pag. 37) e, in via subordinata, illegittimità in parte qua del disciplinare di gara, laddove interpretato nel senso di non consentire al concorrente di presentare chiarimenti e di integrare la documentazione allegata all'offerta.

Si deduce che il Consorzio Stabile (...) S.c.a.r.l., per mero errore nel caricamento dell'offerta tecnica sulla piattaforma telematica usata dalla S.A., ha allegato una certificazione SA 8000 scaduta in luogo di un'altra analoga perfettamente valida (rilasciata da un altro organismo certificatore, la società SICERT in data 10 dicembre 2022, con scadenza di validità al 18 dicembre 2025) e di cui il Consorzio risulta essere altresì in possesso, così come la sua consorziata esecutrice, (...) s.r.l., con la conseguenza che tale carenza sarebbe stata soccorribile mediante l'istituto del soccorso istruttorio, il quale – laddove correttamente esperito – avrebbe condotto all'attribuzione del punteggio premiale di cui al punto C.4.

II. Violazione dell'art. 101, co. 3, del D.Lgs. n. 36/2023 s.m.i. con riferimento all'attribuzione del punteggio premiale E.1 di cui al disciplinare di gara. - Violazione dei principi generali in materia di massima partecipazione e di par condicio, proporzionalità, correttezza e buona amministrazione. – Violazione dei principi generali del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato (artt. 1, 2 e 3 del D.Lgs. n. 36/2023 s.m.i. - Eccesso di potere sotto i profili sintomatici della carenza di istruttoria, omessa e/o erronea valutazione e/o travisamento dei fatti e delle risultanze documentali nonché per difetto, contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza della motivazione; sviamento e ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (punto E, pag. 37) e, in via subordinata, illegittimità in parte qua del disciplinare di gara,

laddove interpretato nel senso di non consentire al concorrente di presentare chiarimenti e di integrare la documentazione allegata all'offerta.

Gli stessi vizi lamentati nel motivo che precede sono presenti anche nel verbale di gara dell'11 giugno 2024, che ha attribuito al medesimo Consorzio un punteggio pari a zero per il criterio premiale E.1 relativo alla parità di genere.

In questo caso, la valida certificazione – peraltro in possesso anche dello stesso Consorzio – è stata presentata dalla consorziata esecutrice (...) S.r.l., ma la Commissione di gara – senza avvalersi dell'istituto del soccorso istruttorio esperibile ai sensi dell'art. 101, co. 3, del codice dei contratti pubblici – ha ritenuto che, in assenza della esplicita indicazione delle quote di esecuzione nell'offerta tecnica, non potesse ritenersi comprovato il possesso del requisito, in quanto non risulterebbe indicato che quest'ultima avrebbe eseguito almeno il 50% delle prestazioni oggetto dell'appalto.

La società aggiudicataria, regolarmente costituita in giudizio – a seguito di accesso agli atti – ha parimenti contestato a sua volta, con ricorso incidentale, l'operato della stazione appaltante deducendo che la certificazione prodotta dalla (...) S.r.l. è stata rilasciata in prima emissione in data 2 maggio 2023 ed ha cessato di essere valida il 1° maggio 2024, non essendo intervenuta entro tale data la prescritta verifica annuale necessaria per assicurarne la continuità sino alla data del successivo 1° maggio 2025.

Tale circostanza determinerebbe l'illegittimità della nota della (...) S.p.A. del 10 luglio 2024, nella parte in cui afferma che gli attestati di certificazione posseduti dalla (...) S.r.l. sarebbero “*entrambi in corso di validità*” (alla luce della certificazione Uni PdR 125:2022), con conseguente doverosa attribuzione del punteggio pari a zero per il criterio E.1 anche per questa ragione. Al riguardo, infatti, l'art. 16 par. E del disciplinare risulterebbe chiaro nel prevedere che “*in assenza dell'allegata certificazione tale fattore non sarà considerato al fine dell'assegnazione del punteggio di cui al successivo punto 18.1*”.

La difesa erariale, ritualmente costituitasi con documentazione e memorie difensive, ha puntualmente controdedotto ai profili di censura svolti sia da parte ricorrente che da parte della controinteressata ed ha chiesto, nel merito, il rigetto dell'atto introduttivo del giudizio e del ricorso incidentale, in quanto inammissibili ed infondati.

All'udienza pubblica del 9 ottobre 2024, in vista della quale le parti si sono scambiate ulteriori memorie e repliche, una volta dato atto che nelle more della relativa trattazione il contratto è stato stipulato, la causa è stata trattenuta per la decisione, anche alla luce della rinuncia dei termini a difesa concordemente formulata da tutte le parti costituite.

Il Collegio ritiene preliminarmente di affrontare la questione relativa all'ordine di esame dei ricorsi, principale ed incidentale.

L'ordine di trattazione del ricorso incidentale e del ricorso principale ha, a lungo, impegnato i giudici nazionali e la stessa Corte Europea di Giustizia, la quale - con la sentenza del 5 settembre 2019 C- 333/18 del 9 settembre 2019 - ha rilevato che *“L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi”*.

Ha osservato, infatti, la Corte che, quando a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, due offerenti presentano ricorsi tesi alla reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto: da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura; d'altro lato, in caso di esclusione di tutti i concorrenti ed avvio di una nuova procedura, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto.

Pertanto deve trovare applicazione il principio vincolante *“secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente”* soggiungendo che *“il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti”*.

In tal modo, è stata riaffermata la giuridica rilevanza di interessi legittimi “eterogenei” nello svolgimento delle gare pubbliche di appalto, essendo stato ritenuto meritevole di tutela sia l'interesse legittimo “finale” ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia l'interesse legittimo “strumentale” alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato e ciò in quanto l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare gli atti del procedimento e di avviare un nuovo procedimento di affidamento dell'appalto. Ne consegue che – non potendo l'accoglimento del gravame incidentale determinare l'improcedibilità del gravame principale, continuando ad esistere in capo al ricorrente principale, in caso di fondatezza dell'incidentale, la titolarità dell'interesse legittimo strumentale alla eventuale rinnovazione della gara, anche nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese, estranee al rapporto processuale – il rapporto di priorità logica tra ricorso principale ed incidentale deve

essere rivisto rispetto a quanto ritenuto dalla giurisprudenza sinora prevalente, nel senso che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale (Cons. Stato, Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431).

In altri termini, l'*ordo questionum* impone di dare priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali.

Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità (*rectius*: sulla non illegittimità sulla base dei motivi dedotti) della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 4 aprile 2023, n. 5663).

Occorre, quindi, procedere al preliminare esame del ricorso principale.

Con riferimento alle censure contenute nei motivi dedotti in via principale dal ricorrente il Collegio ritiene che le stesse non meritino accoglimento.

Orbene, occorre evidenziare che, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, il criterio C.4 ("*Possesso della certificazione di Responsabilità Sociale dell'Impresa SA 8000 o equivalente*") - valutabile secondo il metodo *on-off* (non discrezionale, ovvero tabellare) – richiede il possesso della certificazione di Responsabilità Sociale d'Impresa SA 8000 (o equivalente), per il quale è previsto un sub-punteggio tabellare di 2 punti su 80, da comprovare mediante indicazione degli estremi della certificazione in corso di validità allegandone copia (cfr. l'art. 18.1 del Disciplinare).

Allo stesso modo, il criterio E.1 ("*Adozione di politiche tese al raggiungimento della parità di genere, di cui all'art. 46-bis del Codice delle Pari Opportunità tra uomo e donna, di cui al D.*

Lgs. n11/4/2006, n. 198”) - anch'esso valutabile secondo il citato metodo *on-off* - richiede il possesso del certificato Uni PdR 125:2022, per il quale è previsto un sub-punteggio tabellare di 2 punti su 80, da comprovare mediante indicazione degli estremi della certificazione in corso di validità allegandone copia (cfr. l'art. 18.1 del Disciplinare).

Trattasi, dunque, di criteri premiali volti a valorizzare il rispetto di *standards* minimi nella gestione aziendale e l'adozione di politiche di parità di genere, senza tuttavia costituire né criteri da applicare discrezionalmente, né requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione.

I due motivi di ricorso proposti dalla parte ricorrente, i quali hanno ad oggetto le modalità con cui risulta essere avvenuta la valutazione di tali due criteri e la mancata attribuzione dei relativi punteggi, si incentrano sostanzialmente su un'unica questione di diritto – *i.e.*, l'applicabilità dell'istituto del soccorso istruttorio ai documenti che compongono l'offerta tecnica – già affrontata e risolta negativamente da questo Tribunale, secondo cui “*deve tenersi ferma la non soccorribilità degli elementi integranti, anche documentalmente, il contenuto dell'offerta tecnica od economica: ciò che si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti*” (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. IV, 26 settembre 2023, n. 14255 non appellata, in adesione a Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870 e all'unanime indirizzo della giurisprudenza). Poste tali premesse, può passarsi all'esame del primo motivo, mediante il quale parte ricorrente lamenta l'attribuzione di un punteggio pari a zero in relazione al criterio “premiante” C4 in ragione del mancato possesso della certificazione di responsabilità sociale d'impresa SA 8000.

Al riguardo, giova rammentare che la Commissione è pervenuta a tale conclusione rilevando:

(i) che la certificazione prodotta in gara dal Consorzio stabile (...) S.c.a.r.l. risulta scaduta in data 1° maggio 2024, anteriormente al termine di presentazione delle offerte del 15 maggio 2024;

(ii) di non poter valutare positivamente la certificazione della consorziata (...) S.r.l., non avendo il Consorzio offerente precisato la ripartizione delle quote di esecuzione tra le consorziate come all'uopo richiesto dal disciplinare con la specifica previsione già citata (v. pag. 37, par. 16).

Di conseguenza, rilevata la mancanza di un valido certificato in capo al concorrente, la Commissione ha attribuito correttamente un punteggio pari a 0 (zero) e, con la citata nota del 10 luglio 2024, la Stazione appaltante ha confermato tale assunto rappresentando le ragioni per cui *“non è stato possibile attribuire alcun punteggio”*.

Con il secondo motivo di ricorso, si contesta l'operato della Stazione appaltante nella parte in cui *“ha attribuito al Consorzio (...) un punteggio pari a zero per il criterio premiale E.1 relativo alla parità di genere”*.

Al riguardo, deve osservarsi che sussistono analoghe ragioni che hanno indotto la Commissione e la Stazione appaltante ad attribuire un punteggio pari a 0 (zero) anche in relazione al criterio E.1.

In particolare, come rappresentato nella nota del 10 luglio 2024:

- per il Consorzio stabile (...) S.c.a.r.l., *“non risulta presente il certificato Uni PdR 125:2022”*;
- per la sola consorziata esecutrice (...) S.r.l., *“è allegato il certificato Uni PdR 125:2022”*;
- per l'altra consorziata designata esecutrice (...) S.r.l., non risulta allegato nessun certificato.

Pertanto, la Stazione appaltante ha rilevato che *“in assenza di certificazioni valide in capo al Consorzio, nonché di specifica dichiarazione nella quale viene esplicitata la quota di esecuzione dell'operatore del quale sono stati allegati i certificati di cui sopra, in violazione di quanto previsto nella lex specialis, non è stato possibile attribuire alla Vostra offerta alcun punteggio per i criteri C.4 ed E.1”*.

La scelta della società (...) S.p.A. di non assegnare punti al consorzio concorrente

per il criterio E.1 è immune da vizi che possano inficiare la legittimità della scelta operata.

In primo luogo, è sicuramente infondato il rilievo per cui “... *il requisito della parità di genere era posseduto anche dal Consorzio, e documentato da valida certificazione tempestivamente depositata in gara*”, posto che della relativa certificazione Uni PdR 125:2022 non v'è traccia nei documenti di gara, essendo stata semplicemente depositata in giudizio.

Quanto alla asserita necessaria attivazione dell'istituto del soccorso istruttorio giova precisare che tale segmento procedimentale obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 della legge n. 241/1990), ad un fondamentale principio antiformalistico che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico 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.

In tale prospettiva, la regola – che traduce operativamente un canone di leale cooperazione e di reciproco affidamento tra le stazioni appaltanti o gli enti concedenti e gli operatori economici (cfr. art. 1, comma 2 bis legge n. 241/1990) – ha visto riconosciuta (ed accresciuta) la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il quale vi dedica (a differenza del Codice previgente, che lo disciplina a margine dei criteri di selezione delle offerte: cfr. art. 83, comma 9, d. lgs. n. 50/2016) una autonoma e più articolata disposizione (art. 101 d.lgs. n. 36/2023) superando talune incertezze maturate nella prassi operativa (in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

Pertanto, utilizzando tale disposto normativo in chiave teleologica ed in funzione esegetica dell'art. 83 comma 9 d.lgs. 50 del 2016, secondo quanto ritenuto dal Consiglio di Stato nel citato precedente (21 agosto 2023 n. 7870) è possibile

distinguere tra:

- a) soccorso integrativo o complementivo (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;
- d) soccorso correttivo (comma 4): che, in realtà, a differenza delle altre ipotesi – rispetto alle quali si atteggia, peraltro, a fattispecie di nuovo conio, come tale insuscettibile, almeno in principio, di applicazione retroattiva – prescinde dall'iniziativa e dall'impulso della stazione appaltante o dell'ente concedente (sicché non si tratta, a rigore, di soccorso in senso stretto), abilitando direttamente il

concorrente, fino al giorno di apertura delle offerte, alla rettifica di errori che ne inficino materialmente il contenuto, fermo il duplice limite formale del rispetto dell'anonimato e sostanziale della immodificabilità contenutistica.

La norma del nuovo codice inoltre si cura di precisare (offrendo, con ciò, espressa soluzione positiva a talune ipotesi controverse) che sono soccorribili (purché, in tal caso, documentabili con atti di data certa, anteriore al termine di presentazione delle offerte): a) la mancata presentazione della garanzia provvisoria; b) l'omessa allegazione del contratto di avvalimento; b) la carenza dell'impegno al conferimento, per i concorrenti partecipanti in forma di raggruppamento costituendo, del mandato collettivo speciale.

Ciò posto applicando in via ermeneutica gli indicati criteri, entrambi i motivi proposti non risultano meritevoli di accoglimento in quanto il Consorzio concorrente, solo dopo la mancata attribuzione dei relativi punteggi, ha allegato le idonee certificazioni sul concreto possesso dei requisiti premiali, peraltro dichiarando di avvalersi del punteggio premiale anche con riferimento alla certificazione posseduta in proprio sul rispetto della parità di genere, come palesato dalla circostanza che solo in sede processuale è stata prodotta tale ultima certificazione, in dispregio delle regole previste nell'ambito dell'offerta tecnica ai fini dell'attribuzione dell'indicato punteggio premiale, come *claris verbis* evincibile dalla *lex specialis* di gara.

Relativamente alla possibilità di produrre *ex post* la suddetta certificazione, fatta presente solo in sede processuale, non può pertanto ammettersi il soccorso istruttorio, *sub specie* di soccorso processuale, avuto riguardo *in primis* alla giurisprudenza in materia sull'inammissibilità del soccorso istruttorio sull'offerta tecnica che trova conferma nella indicata disposizione del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La presentazione di entrambe le certificazioni andavano, infatti, a comporre l'offerta tecnica, in quanto il relativo possesso costituiva elemento di

valorizzazione della stessa, ai fini del riconoscimento di un punteggio aggiuntivo per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pertanto la riscontrata mancanza in capo alla concorrente delle relative certificazioni nei termini richiesti dal Disciplinare di gara per l'attribuzione del punteggio premiale di cui ai criteri C.4 ed E.1 non poteva essere sanata neanche mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio processuale. Per giurisprudenza consolidata, infatti, *“l'errore materiale della offerta deve essere tale da poter essere rettificato d'ufficio senza ausili esterni”* (ex multis T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 4.7.2018, n. 1650, T.A.R. Toscana, Sez. III, 24 luglio 2020, n. 970, T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 4 dicembre 2020, n. 542)

Secondo la costante giurisprudenza in materia, *“l'inammissibilità del soccorso istruttorio sull'offerta tecnica è claris verbis affermata dal disposto dell'art. 83 comma 9 del Codice [...]”* e *“anche in riferimento alla presentazione della documentazione richiesta dalla lex specialis di gara la giurisprudenza (ex multis da ultimo Consiglio di Stato sez. V, 26 ottobre 2022, n.9139) ha affermato che “il ricorso al soccorso istruttorio non si giustifica nei casi in cui”, come quello di specie, “confligge con il principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, con la conseguenza che l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio [...]”* (Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2023, n. 3434).

Peraltro, come osservato di recente dal Consiglio di Stato (con la sentenza 12 febbraio 2024 n. 1372) con riferimento a fattispecie regolata dal nuovo Codice (d.lgs. 36/2023), ma con espresso richiamo anche alla giurisprudenza formatasi nel vigore del d.lgs. 50/2016, *“non è ... consentito il soccorso istruttorio attivato non tanto per integrare e chiarire la documentazione prodotta a comprova della dichiarazione, ma per rettificare il contenuto della dichiarazione medesima nella sua integralità* (Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540). *Ed invero, nell'ambito del settore dell'evidenza pubblica, i principi del favor participationis e del risultato non possono mai confliggere con il principio della par condicio fra i*

concorrenti”.

Pertanto giammai potrebbe esservi spazio per un soccorso processuale volto a consentire di usufruire della certificazione posseduta, se non correttamente allegata e dichiarata, posto che si verrebbe ad integrare *in parte qua* la documentazione dell’offerta tecnica.

Ciò in disparte dalla circostanza che in alcun modo ricorrono i presupposti per il soccorso istruttorio di tipo processuale, quale elaborato in via pretoria.

La giurisprudenza amministrativa ammette infatti il soccorso istruttorio processuale quando il Giudice verifichi che la stazione appaltante non è intervenuta in soccorso del concorrente, come sarebbe stata tenuta, ed eserciti i poteri istruttori per accertare, nel corso del processo, ciò che avrebbe dovuto essere accertato dall’amministrazione, durante il procedimento. La giurisprudenza amministrativa ritiene siffatta verifica non violi il principio di *par condicio* tra i concorrenti, in quanto l’istituto mira ad attestare l’esistenza di circostanze preesistenti, riparando una incompletezza o irregolarità che la stazione appaltante, se avesse tempestivamente rilevato, avrebbe dovuto comunicare alla concorrente, attivando l’obbligatorio procedimento del soccorso istruttorio.

Infatti il c.d. “soccorso istruttorio processuale” è concepito in via residuale per l’ipotesi, qui insussistente, dell’omessa o lacunosa attivazione del soccorso istruttorio procedimentale da parte della stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022 n. 7145; 14 marzo 2019, n. 1690; 8 giugno 2018, n. 3483; 10 aprile 2018, n. 2180; 11 dicembre 2017, n. 5826; Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975); lo stesso non può pertanto refluire in “*una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara*” (Cons. Stato, Sez. III, 19 agosto 2020, n. 5144; Sez. V, 13 maggio 2019, n. 1030).

Tali conclusioni sono tanto più valide nella presente fattispecie, venendo in rilievo non un requisito a pena di ammissione, ma un requisito da valorizzare in senso premiale per l’attribuzione del punteggio all’offerta tecnica.

Come al riguardo evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa anche nell'ambito della disciplina previgente “... risulta ristretta la possibilità della parte che non ha ottemperato ai corollari del principio di autoresponsabilità al fine di ottenere un punteggio premiale (non di partecipare alla gara, circostanza che non è qui in contestazione). E ciò è tanto più vero se si considera che la conseguenza sfavorevole prevista dall'art. 83 comma 9 del d. lgs. n. 50 del 2016 per il mancato adempimento della richiesta istruttoria è costituita dall'esclusione dalla gara, laddove nel caso di specie la posta in gioco è costituita dal solo punteggio premiale. Il soccorso istruttorio è infatti, da un lato, istituito finalizzato a consentire la massima partecipazione alla gara attraverso il superamento di irregolarità formali contenute nella domanda e, dall'altro lato, presuppone comunque il principio di responsabilità (“L'istituto del soccorso istruttorio non può essere invocato utilmente dal candidato incorso in una sia pure incolpevole mancata indicazione di un profilo della domanda, sebbene rilevante, per un elementare e certo non sproporzionato principio di autoresponsabilità in materia, prima ancora che per il rispetto della par condicio tra i candidati e dei principi di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa”, così Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2021 n. 4916)” (C.G.A.R.S., Sez. giur., 13 aprile 2022, n. 470).

Pertanto, consentire al consorzio concorrente di conseguire il punteggio previsto per i criteri C.4 ed E.1 (4 punti) attraverso, rispettivamente, la sostituzione integrale della Certificazione SA8000 e l'integrazione della dichiarazione di cui alla certificazione Uni PdR 125:2022 cui ha inteso far ricorso in sede di gara e/o la sua integrale sostituzione (con quella posseduta dal consorzio stesso), comporterebbe una inammissibile violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

E, infatti, è indubbio che, ai fini della partecipazione alla procedura di gara in contestazione, il ricorrente abbia inteso avvalersi di una certificazione scaduta SA8000 (rinnovata con altro organismo di attestazione) per conseguire il punteggio premiale di cui al criterio C.4 e della certificazione Uni PdR 125:2022 di una sola delle due consorziate designate esecutrici con riferimento al criterio E.1 senza indicare le relative quote di esecuzione, al fine di farvi validamente ricorso.

A fronte di tali decisive circostanze le censure del ricorrente sono, anche sotto tale profilo, prive di pregio non potendo ricorrersi al soccorso processuale per integrare *in parte qua* il contenuto dell'offerta tecnica, ai fini dell'attribuzione dell'indicato punteggio premiale (punti 4), in violazione degli indicati principi elaborati dalla giurisprudenza in materia.

Ciò posto giova premettere che secondo la costante giurisprudenza in materia condivisa da questa Sezione (*ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2022, n. 9386; Cons. Stato, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710), nelle gare pubbliche, nell'interpretazione della *lex specialis* di gara, devono trovare applicazione le norme in materia di contratti, e dunque anzitutto i criteri letterale e sistematico previsti dagli artt. 1362 e 1363 cod. civ.

Ciò significa che, ai fini dell'interpretazione della *lex specialis*, devono essere applicate anche le regole di cui all'art. 1363 cod. civ., con la conseguenza che le clausole previste si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo ad esse il senso che risulta dal complesso dell'atto. Pertanto se un'aporia tra i vari documenti costituenti la *lex specialis* impedisce l'interpretazione in termini strettamente letterali, è proprio la tutela dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti che conduce all'interpretazione complessiva o sistematica delle varie clausole.

Le preminenti esigenze di certezza, connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti, impongono pertanto in primo luogo di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale.

Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e

sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2162; Ssez. V, 12 settembre 2017, n. 4307).

Deve pertanto reputarsi preferibile, a tutela dell'affidamento dei destinatari e dei canoni di trasparenza e di "par condicio", l'interpretazione letterale delle previsioni contenute nella legge di gara, evitando che in sede interpretativa si possano integrare le regole di gara, palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093).

Alla stregua di tali canoni ermeneutici e della formulazione letterale della *lex specialis* di gara i due motivi formulati con riferimento al possesso delle certificazioni da parte di una sola consorziata designata esecutrice possono essere facilmente disattesi, in quanto il rilievo che il Disciplinare di gara prevedesse espressamente che le relative certificazioni dovessero essere possedute dalla consorziata esecutrice che esegue almeno il 50% delle prestazioni oggetto dell'appalto è inidonea ad avvalorare la tesi ricostruttiva della parte ricorrente: difatti, la formulazione della *lex specialis*, da interpretarsi attraverso una lettura coordinata e sistematica delle previsioni del Disciplinare di gara, consente di pervenire alla conclusione che tali requisiti premiali richiedevano una specifica dichiarazione al riguardo, circa la relativa quota di esecuzione.

Nel caso di specie, infatti, nessuna aporia o contraddizione si riscontra dalla lettura dell'art. 16 del disciplinare di gara, che è al contrario cristallino nel richiedere al concorrente di allegare i certificati che attestino il possesso di determinati requisiti premiali. Previsione che va letta – e qui veniamo al canone ermeneutico sistematico in combinato con quella di cui all'art. 14 del medesimo disciplinare che statuisce come segue: “*Con la procedura di soccorso istruttorio di cui all'articolo 101 del Codice possono essere “sante” le carenze della documentazione trasmessa con la domanda di partecipazione ma non quelle della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Con la medesima procedura può essere sanata ogni omissione, inesattezza o irregolarità*

della domanda di partecipazione e di ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica”

Dunque, se è vero che le clausole della legge di gara *“non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione”* (Cons. Stato, Sez. V, 16 agosto 2022, n. 7145), non può che convenirsi sulla circostanza che, la Commissione aggiudicatrice e la S.A. non potevano che esigere il rispetto della legge di gara restando preclusa la facoltà di attivazione del soccorso istruttorio nel caso di specie.

Invero, il Disciplinare di gara ha previsto, con riferimento alle certificazioni richieste nell'offerta tecnica, che: *“in caso di mancata allegazione del certificato il punteggio assegnato sarà pari a zero. In caso di concorrente plurisoggettivo, la certificazione dovrà essere posseduta:*

- in caso di RTI dal/dai soggetto/i che eseguono almeno il 50% delle prestazioni oggetto dell'appalto;*
- in caso di consorzio dal consorzio stesso o dalla consorziata esecutrice indicata.*

Nel caso in cui siano presenti più consorziate esecutrici la certificazione dovrà essere posseduta dal consorzio stesso o dalle consorziate che eseguono almeno il 50% delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Nei casi di cui sopra l'offerta tecnica dovrà contenere, oltre ai certificati, dichiarazione nella quale viene indicata la quota di esecuzione di ciascun operatore raggruppato”.

Nel caso di specie, tuttavia, l'offerta tecnico-economica presentata dal concorrente contiene i riferimenti e le certificazioni relative a tre diversi soggetti: Consorzio stabile (...) S.c.a.r.l., (...) S.r.l. e (...) S.r.l., senza alcuna indicazione – in violazione di quanto previsto dal disciplinare - della quota di esecuzione di ciascun operatore raggruppato.

Invero, come confermato dallo stesso ricorrente, con riferimento al criterio C. 4 l'operatore economico si è limitato ad allegare – oltre alla propria certificazione scaduta – il certificato SA 8000 di cui la (...) S.r.l. era in possesso, senza dunque indicare la quota di esecuzione dei lavori attribuita a tale soggetto, così come con riferimento al criterio E.1, il certificato in tema di parità di genere è stato allegato solamente con riguardo alla consorziata (...) S.r.l., senza nessuna indicazione circa la quota di esecuzione dei lavori.

Per le ragioni sopra esposte, l'omissione non poteva essere “soccorribile”, così come non poteva certo la S.A. desumere da tale omissione che la consorziata avrebbe eseguito il 50% dei lavori, essendo – peraltro – ininfluenza il possesso di tale certificazione anche da parte dello stesso consorzio, non essendo stato il relativo certificato allegato all'offerta e non avendo l'operatore economico indicato alcunché al riguardo in sede di gara (con evidente richiesta di soccorso in sede processuale).

Tanto premesso, non pare meritevole di accoglimento la tesi sostenuta nel ricorso secondo cui, essendoci due consorziate ed essendoci stato il deposito del certificato *de quo* solamente da parte di una delle due, la S.A. avrebbe dovuto ritenere che “*in difetto di indicazioni, le quote fossero uguali e corrispondenti al 50% ciascuna*”. Tale affermazione non vale a soddisfare la dimostrazione del possesso del requisito premiale, secondo le precise, chiare e dettagliate indicazioni della *lex specialis*.

Le considerazioni che precedono inducono, complessivamente, a ritenere l'infondatezza del ricorso principale proposto dal secondo graduato e, conseguentemente, anche dell'allegata domanda di risarcimento in forma specifica. In definitiva il ricorso principale deve essere respinto e deve essere dichiarata l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

La complessità delle questioni trattate e l'andamento della complessa vicenda

contenziosa giustifica, tuttavia, la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- a) lo respinge;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale, come in epigrafe proposto;
- c) compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Spagnoletti, Presidente

Virginia Arata, Referendario

Ida Tascone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Ida Tascone

IL PRESIDENTE

Leonardo Spagnoletti

IL SEGRETARIO