

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V, 31 LUGLIO 2024, N. 6875

A cura di **Alessio RUOTOLO\***

**MASSIMA<sup>1</sup>**

*Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 6875, pubblicata in data 31 luglio 2024, ha confermato l'indirizzo giurisprudenziale, ormai radicato, secondo cui il "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".*

**SOMMARIO**

Massima.....	1
1. Svolgimento del processo.....	1
2. Motivi della decisione.....	2
3. Dispositivo .....	3

**1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La presente sentenza prende le mosse dall'esclusione disposta ai danni della società Paravia dall'appalto avente ad oggetto a manutenzione straordinaria e ordinaria degli impianti ascensori degli immobili dell'agenzia regionale per l'edilizia residenziale ACER Campania per un importo pari a oltre € 2.000.000,40.

Nello specifico l'attuale gestore del servizio, la società Paravia, veniva esclusa dalla procedura di gara in quanto, all'esito dell'esame della documentazione tecnica presentata, non avrebbe

raggiunto la soglia di sbarramento pari a 32 punti dell'offerta tecnica a tal fine prescritta dalla legge di gara, in quanto sarebbe risultata non in possesso della certificazione sulla sicurezza negli ambienti di lavoro ISO 45001, il cui possesso, al contrario, gli avrebbe garantito l'attribuzione di n. 4 punti e, dunque, l'attribuzione di un punteggio di 34 punti, superiore alla soglia di sbarramento prescritta.

Nello specifico, successivamente all'esame delle offerte tecniche prodotte dai concorrenti la società Paravia veniva esclusa dalla procedura di gara e veniva disposta l'aggiudicazione a favore della società Di Madero.

Di contro, avverso il provvedimento di esclusione veniva proposto gravame innanzi al TAR Campania il quale rigettava il ricorso di PARAVIA 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.

Di talchè, all'esito del giudizio di primo grado, la ricorrente soccombente impugnava la sentenza innanzi all'ill.mo Consiglio di Stato, per erroneità nella parte in cui, non sarebbe stata considerata la travisata lettura della relazione illustrativa prodotta da Paravia all'interno della propria offerta tecnica, non sarebbe stato attivato il soccorso procedimentale per rimuovere in ogni caso eventuali ambiguità nella formulazione della ridetta offerta tecnica, non sarebbe stato rilevato il difetto di motivazione del provvedimento di esclusione, non sarebbe stata considerata l'illegittima aggiudicazione della commessa in favore della Di Madero e, in ultimo, non sarebbe stata rilevata la incompetenza della commissione di gara nel disporre la ridetta esclusione (sulla quale avrebbe potuto pronunziarsi solo il RUP).

\* Dottore Magistrale in Giurisprudenza.

<sup>1</sup> Massima non ufficiale.

Dunque, innanzi al Consiglio di Stato, si costituivano in giudizio ACER Campania e la società aggiudicataria del servizio Di Madero per chiedere il rigetto del gravame.

Successivamente, con ordinanza n. 1119 del 27 marzo 2024 veniva accolta la richiesta di sospensione cautelare della sentenza di primo grado.

In ultimo, alla pubblica udienza dell'11 luglio 2024, le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello veniva infine trattenuto in decisione.

## **2. MOTIVI DELLA DECISIONE**

(...)

Nel merito, per ciò che concerne il primo motivo di appello concernente la valutazione della stazione appaltante secondo cui 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 PARAVIA, da una attenta lettura degli atti di gara emerge invece 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.

Inoltre, tale previsione del disciplinare di gara è stata correttamente interpretata anche dal giudice di primo grado, laddove espressamente ha stabilito che: *“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”*.

E dunque, il concorrente escluso, facendo corretta applicazione delle disposizioni contenute nella *lex specialis* di gara, le quali richiedevano la presentazione di una “relazione tecnica illustrativa”,

enucleava in seno alla stessa l'elenco delle certificazioni di qualità disponibili e quindi possedute da Paravia, tra cui anche la ISO 45001.

Ebbene, la commissione di gara, ritiene il Consiglio di Stato, non avrebbe dovuto effettuare alcuno sforzo interpretativo di particolare intensità, dovendosi limitare ad un apprezzamento vincolato e non discrezionale, come avvenuto nel caso di specie e, al contrario di quanto pretende di sostenere la difesa avversaria, lo “schema sintetico” si rivela piuttosto specifico, ben articolato ed anche sufficientemente dimensionato, tale da consentirgli di ottenere il massimo punteggio per il possesso della certificazione che, di conseguenza gli avrebbe consentito il superamento della soglia di sbarramento.

Stante quanto innanzi, il supremo collegio accoglie il 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.

Il Consiglio di Stato accoglie anche il secondo motivo di appello, 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.

Ebbene, nel caso di specie, facendo espresso riferimento alla sentenza di questa stessa sezione n. 7870 del 21 agosto 2023 secondo cui sussistono almeno tre forme di soccorso istruttorio, tra cui il “*cd. 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”, non v’è chi non veda che, nel caso di specie, trova applicazione tale tipologia di soccorso procedimentale “dal momento che, anche a voler ammettere l’ambiguità della formulazione utilizzata nella relazione tecnica illustrativa, ciò avrebbe ben potuto formare oggetto di maggiore chiarimento ad opera della stessa società PARAVIA ... senza che una simile operazione potesse comportare una eventuale correzione o integrazione dell’offerta stessa”.*

In conclusione, il Consiglio di Stato, accoglie il ricorso in appello, con conseguente riforma della sentenza di primo grado e dispone l’annullamento del provvedimento di esclusione di cui al verbale in data 8 giugno 2023, e della connessa aggiudicazione n. 621 del 20 giugno 2023.

Per quanto concerne la invocata inefficacia del contratto stipulato con la Di Madero, nonché al successivo subentro nella commessa stessa da parte di Paravia, tali statuizioni vanno condizionatamente disposte all’esito positivo della gara, in favore di Paravia stessa, ossia in seguito alla ripetizione della procedura competitiva.

Ancora, il Consiglio di Stato rigetta 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 Paravia) si potrà raggiungere soltanto in esito alla suddetta ripetizione della gara, non potendo questo giudice pronunziarsi 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 l’appellante, nei confronti di Paravia 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 Di Madero.

(...)

### **3. DISPOSITIVO**

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, inefficacia condizionata del rapporto contrattuale in essere e possibile risarcimento del danno patito.

Infine, condanna l’amministrazione appellata e la società Di Madero 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.