

Publicato il 26/09/2023

N. 14255/2023 REG.PROV.COLL.
N. 10538/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 10538 del 2023, proposto da
Consorzio Imprese Riunite Società Consortile a r.l., in relazione alla
procedura CIG 9612182F81, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluigi
Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas Gruppo FS Italiane, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale
dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Vittadello S.p.A.;

Edil Moter s.r.l.;

Techproject s.r.l.;

Ingegneria del Territorio s.r.l.;

Studio Corona s.r.l., Civil Engineering;

Inco Engineering s.r.l.;

Pat Progettazione Ambiente e Territorio s.r.l.;

Terre s.r.l.;

Ecol Studio S.p.A.;

I.Co.P. S.p.A. Società Benefit;

Vianini Lavori S.p.A.;

Itinera S.p.A.;

Eteria Consorzio Stabile s.c.a.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa e Riccardo Gai, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento, comunicato con nota dell'8.6.2023, con cui ANAS S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione in favore del RTI con mandataria Eteria Consorzio Stabile S.c.a.r.l. della procedura di affidamento dell'appalto integrato "RM 07-23 - S.S. 675 Sistema infrastrutturale del collegamento del porto di Civitavecchia con il nodo intermodale di Orte Tratta Monte Romano est – Civitavecchia. 1° stralcio Tratta Monte Romano est – Tarquinia"; di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi i verbali di valutazione delle offerte tecniche, con specifico riferimento al verbale di seduta riservata n. 11 del 16.5.2023.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas Gruppo FS Italiane;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Eteria Consorzio Stabile S.C. A R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2023 il dott.

Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Consorzio Imprese Riunite Società Consortile a r.l. ha impugnato e chiesto l'annullamento del provvedimento, comunicato con nota dell'8.6.2023, con cui ANAS S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione in favore del RTI con mandataria Eteria Consorzio Stabile s.c.a.r.l. della procedura di affidamento dell'appalto integrato "RM 07-23 - S.S. 675 Sistema infrastrutturale del collegamento del porto di Civitavecchia con il nodo intermodale di Orte Tratta Monte Romano est – Civitavecchia. 1° stralcio Tratta Monte Romano est – Tarquinia"; di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi i verbali di valutazione delle offerte tecniche, con specifico riferimento al verbale di seduta riservata n. 11 del 16.5.2023; la ricorrente ha, inoltre, chiesto la declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed il conseguimento dell'aggiudicazione mediante subentro.

La procedura oggetto del contendere, avente un importo a base gara di €. 285.229.528,12 (di cui: €. 268.344.507,17 per lavori da eseguire, €. 805.200,03 per il servizio di monitoraggio ambientale in corso d'opera, €. 4.516.455,35 per le spese tecniche relative alla progettazione esecutiva, €. 11.563.365,57 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso), è stata regolata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'assegnazione di 100 punti, ripartiti tra 80/100 punti per l'offerta tecnica (suddivisi in 66/100 per il punteggio discrezionale e 14/100 per il punteggio tabellare, da assegnare sulla base di nove criteri di valutazione, ulteriormente suddivisi in subcriteri e correlati subpunteggi) e 20/100 per l'offerta economica.

In esito alle operazioni di gara si è classificato al primo posto il RTI capeggiato da Eteria Consorzio Stabile s.c.a.r.l. con 73,985 (55,850 punti per l'offerta tecnica + 18,135 per l'offerta economica a fronte di un ribasso del 12,230%), mentre il consorzio ricorrente si è classificato al secondo posto con 73,106 punti (54,010 punti per l'offerta tecnica + 19,096 per l'offerta economica a fronte di un ribasso del 15,033%).

A fondamento del ricorso ha dedotto, con unico e articolato motivo, la violazione dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, della *lex specialis*, dell'art. 18 della

legge 241/1990, dell'art. 59, comma 5 della Direttiva 2014/24/UE, dell'art. 43, comma 1 del DPR 445/2000, nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria, sviamento, irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

Il ricorrente, dopo aver evidenziato che il distacco tra le prime due graduate è di 0,879 punti, ha lamentato che l'aggiudicazione sarebbe *“manifestamente viziata in ragione dell'errata e illegittima mancata attribuzione all'odierna ricorrente del punteggio invece spettante per il criterio tecnico B.7.2 – “Esperienza specifica (Impresa di esecuzione dei lavori)”*, con attribuzione fino ad un massimo di 4 punti su base tabellare automatica” (cfr. pag. 3).

Per tale criterio, la commissione giudicatrice ha assegnato al RTI aggiudicatario 4 punti, mentre a parte ricorrente ha assegnato 2 punti.

Quest'ultima ha precisato di aver indicato nella relazione tecnica che *“il raggruppamento vanta una vasta e consolidata esperienza nel campo della realizzazione di infrastrutturali. Come meglio esplicitato negli allegati tecnici il concorrente ha espletato 2 interventi di esecuzione di infrastrutture lineari con importo complessivo superiore a 165 milioni di euro. Si rimanda all'allegato tecnico GT_b.7.2 “Dichiarazione esperienza specifica” Intervento n.1: Ampliamento della 3^a corsia da Rimini N. a Pedaso - Lotto 4 - Codice Appalto N. 0373/A04; Intervento n.2: S.S. 106 Jonica. Lavori di costruzione della variante all'abitato di Palizzi. Lotto dal km49+485 al km 51+750. 1° stralcio funzionale”*. E che, dunque, *“ai fini del soddisfacimento del criterio B.7.2, la deducente ha dunque dichiarato e attestato la realizzazione di due pregressi interventi per un importo complessivo pari a € 235.071.234,82, di gran lunga maggiore all'importo di € 165.000.000, al di sopra di cui, ai sensi della tabella a pag. 68 del Disciplinare, sarebbe stato riconosciuto il punteggio massimo”* (cfr. pag. 5), ma che la mancata attribuzione di punteggio sarebbe derivata dall'omessa allegazione dei *“documenti a comprova di quanto dichiarato”*, secondo quanto previsto dal disciplinare.

Ha dedotto, però, che sarebbe *“assolutamente pacifico che nel caso di specie il raggruppamento di cui CIR è mandataria ben può comprovare il possesso della specifica esperienza dichiarata mediante esibizione dei Certificati di Esecuzione Lavori (cd. C.E.L.) relativi a ciascuna delle due commesse allegate nella relativa dichiarazione di offerta.*

Certificati rilasciati in data ben antecedente alla partecipazione alla gara controversa? (cfr. pag. 7).

La lacuna dichiarativa, tuttavia, non sarebbe stata suscettibile di determinare il diniego del pieno punteggio e, comunque, *“il criterio tecnico B.7.2 era espressamente qualificato come criterio tabellare-quantitativo, con attribuzione automatica di punteggio in base al valore complessivo dei pregressi lavori svolti?”* (cfr. pag. 8): il che avrebbe dovuto giustificare una maggiore accuratezza nelle valutazioni della commissione di gara, dal momento che *“il raggruppamento di cui è mandataria già all'interno della propria relazione tecnica, come visto, e ancor più mediante il relativo allegato tecnico GT_b.7.2, aveva puntualmente dettagliato i lavori realizzati dalle imprese esecutrici, attestando in tal modo il – pacifico – possesso del requisito esperienziale in capo alle imprese che avrebbero eseguito i lavori oggetto di affidamento. Risulta pertanto evidente come già dalla documentazione di gara della ricorrente emergessero tutti gli elementi necessari a ritenere soddisfatto e altresì comprovato il menzionato criterio premiale B.7.2”* (cfr. pag. 10).

Ha soggiunto che *“ai fini della comprova del requisito premiale di esperienza specifica ben avrebbe potuto farsi riferimento anche ai certificati di esecuzione lavori (cd. C.E.L.), di cui all'art. 86, co. 5- bis, D.Lgs. n. 50/16, i quali risultano consultabili da tutte le stazioni appaltanti tramite la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici istituita presso l'ANAC ai sensi dell'art. 81, co. 4, D.Lgs. n. 50/16. Consultazione divenuta ancora più semplice a seguito dell'entrata in vigore del cd. Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE), operante anche rispetto alla gara controversa ai sensi dell'art. 22 Disciplinare?”* (cfr. pag. 12).

Si sono costituiti in giudizio la società Anas S.p.A. (3.8.2023) e la società Eteria Consorzi Stabile s.c.a.r.l. (4.8.2023), quest'ultima in proprio e in qualità di mandataria del RTI con le società Vittadello S.p.A. e Edil Moter s.r.l.

La stazione appaltante, nella memoria depositata il 10.8.2023, ha confermato che *“la commissione di gara nel rilevare, in ordine al criterio di valutazione B.7.2 del disciplinare di gara, la mancanza della documentazione richiesta a comprova di quanto dichiarato per l'assegnazione del punteggio, ha attribuito all'odierno ricorrente due punti,*

come si vince dal relativo verbale (...) valorizzando correttamente la commessa eseguita per ANAS in ragione del fatto che la relativa documentazione fosse già in possesso di questa stazione appaltante” (cfr. pag. 7); ha opposto che *“la produzione dei CEL rappresentava (...) un obbligo per tutti i concorrenti sancito espressamente dalla legge di gara per l’ottenimento del punteggio previsto dal relativo criterio e tale documentazione non era surrogabile da una mera dichiarazione. Proprio per la funzione che è attribuita ai CEL, la stessa non può ritenersi validamente assolta con una mera dichiarazione posto che sui CEL, peraltro, è apposta la firma del committente”* (cfr. pag. 8); né la lacuna documentazione sarebbe stata sanabile mediante **soccorso istruttorio**, trattandosi di documentazione afferente all’offerta tecnica, né, ancora, mediante la consultazione della banca dati nazionale.

All’udienza in Camera di Consiglio del 23 agosto 2023 la domanda cautelare non è stata trattata in considerazione del deposito, in data 21.8.2023, del ricorso incidentale della società Eteria, la quale ha censurato la legittimità del punteggio assegnato per il criterio di valutazione B.7.2, contestando che al ricorrente principale non sarebbe spettato alcun punteggio e che, pertanto, allo stesso si dovrebbero sottrarre i 2 punti assegnati.

Ha dedotto, in particolare, che *“l’esecuzione degli interventi doveva essere attestata in sede di gara da idonea documentazione, in assenza della quale la commissione giudicatrice non avrebbe potuto (e dovuto) tener conto della mera autodichiarazione prodotta dal concorrente, con conseguente attribuzione di zero punti”* (cfr. pag. 9); ha eccepito l’irricevibilità del ricorso sull’assunto che *“la griglia dei punteggi tabellari assegnati dalla Commissione (ivi incluso il punteggio assegnato per il criterio B.7.2) è nota al Consorzio Imprese Riunite sin dal 17.5.2023, allorquando ANAS ha pubblicato sul Portale Acquisti e, quindi, reso disponibile a tutti gli operatori economici”* i files relativi alla tabella dei punteggi tecnici ed alla tabella finale; nel merito, si è opposta alle deduzioni proposte dalla ricorrente.

All’udienza in Camera di Consiglio del 20 settembre 2023, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Collegio ha avvisato le parti della

possibile definizione della controversia ai sensi dell'art. 60 c.p.a. e la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso incidentale è infondato e, pertanto, va respinto.

Ai sensi dell'art. 18, comma 2 della legge 241/1990, le Amministrazioni che bandiscono una gara pubblica devono acquisire d'ufficio i documenti necessari all'istruttoria già in loro possesso, in coerenza con le esigenze di semplificazione amministrativa ed in ossequio al divieto di aggravamento del procedimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6947; id., sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4011).

Anche recentemente la giurisprudenza ha statuito che l'acquisizione d'ufficio di documenti in possesso della stazione appaltante sostanzia un obbligo di portata generale, unitamente alla *“insussistenza di espresse deroghe o eccezioni al loro ambito d'applicazione oggettivo e l'assenza, nella normativa disciplinante le procedure di affidamento di appalti pubblici, di puntuali previsioni che impediscano espressamente l'acquisizione degli attestati in possesso delle amministrazioni aggiudicatrici, precludono che possano essere escluse dal perimetro applicativo della normativa citata le procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, nonché impongono di interpretarla ed applicarla, anche in ossequio al principio del "favor participationis" ed in conformità ai recepiti principi di semplificazione amministrativa, a tale tipologia di procedimenti?”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 3698).

Pertanto, con riferimento all'intervento, avente come committente Anas e precisamente dichiarato dalla ricorrente, relativo alla *“S.S. 106 Jonica. Lavori di costruzione della variante all'abitato di Palizzzi. Lotto dal km 49+485 al km 51+750. 1° stralcio funzionale”*, la commissione giudicatrice ha legittimamente assegnato 2 punti, e ciò sull'evidente presupposto che la stazione appaltante non potesse disconoscere l'esecuzione di tale commessa.

Venendo al ricorso principale, ritiene il Collegio che debba essere respinto, tenuto conto:

a) che il disciplinare ha previsto, con riferimento al criterio B.7.2 (esperienza specifica (Impresa di esecuzione dei lavori)) che *“a comprova della effettiva*

esecuzione, non sarà accettata come valida alcun tipo di autodichiarazione/autocertificazione prodotta dal concorrente”, rendendosi necessaria l'allegazione di documentazione puntualmente indicata (certificato di regolare esecuzione o di collaudo alla data di presentazione delle offerte; certificato di regolare esecuzione parziale; certificato di ultimazione lavori; verbale di apertura al traffico ancorché in modalità di esercizio provvisorio);

b) che in merito all'attribuzione del punteggio per le offerte tecniche il disciplinare ha previsto che *“quanto agli elementi cui è assegnato un punteggio tabellare identificato dalla colonna “T” della tabella, il relativo punteggio è assegnato, automaticamente e in valore assoluto, sulla base della presenza o assenza nell'offerta dell'elemento richiesto”;*

c) che, pertanto, ai fini dell'assegnazione del punteggio (fino a un massimo di 4 punti) per il criterio B.7.2 dovessero essere allegati gli elementi richiesti, ossia la documentazione e non la semplice dichiarazione contenuta nella relazione tecnica (cfr. pag. 16, ove si è soltanto dichiarato che *“il raggruppamento vanta una vasta e consolidata esperienza nel campo della realizzazione di infrastrutturali. Come meglio esplicitato negli allegati tecnici il concorrente ha espletato 2 interventi di esecuzione di infrastrutture lineari con importo complessivo superiore a 165 milioni di euro”;*

d) che nel disciplinare di gara la stazione appaltante ha prescritto all'art. 16.2 che *“nella tabella che segue sono riepilogati i documenti obbligatori per l'attribuzione del punteggio; visto l'impegno contrattuale che il concorrente assume con la propria offerta, in assenza di tali documenti verrà attribuito un punteggio pari a zero rispetto al criterio interessato”;* e che per il criterio B.7.2 il contenuto dell'allegato tecnico fosse composto sia dalla *“compilazione e Sottoscrizione – “Allegato GT_b.7.2 - Dichiarazione esperienza specifica”*, sia dai *“documenti a comprova di quanto dichiarato”*: previsioni di tenore inequivocabile, note ai concorrenti all'atto della partecipazione alla gara;

e) che a fini dell'assegnazione del punteggio tecnico controverso fosse, dunque, necessaria l'allegazione del certificato di esecuzione dei lavori, il quale

costituisce *“una certificazione richiesta dall’impresa al committente (...) per la dimostrazione del possesso del requisito di idoneità tecnica – organizzativa, costituito dall’aver svolto lavori per un certo importo in una certa categoria in quanto la committenza certifica l’avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché se risultano, e con quale esito, le contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all’esecuzione dei lavori”*; e che, pertanto, è disciplinato dall’art. 86, comma 5 bis del d.lgs. 50/2016, ed annoverato tra i *“mezzi di prova”*, perché attesta in favore dell’impresa esecutrice *“la corretta esecuzione dei lavori, ossia la sua capacità tecnico – organizzativa”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1320);

f) che, di conseguenza, non potesse ritenersi sufficiente ai fini della comprova la mera produzione del solo allegato GT o di parte dei vari elaborati documentali richiesti dal disciplinare; né, ancora, potesse ammettersi per la tutela della *par condicio* tra i concorrenti l’integrazione dell’offerta tecnica, finanche in via di **soccorso istruttorio**, alla luce della piana previsione di cui all’art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016, una disposizione in cui si prevede(va) che *“in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta economica e all’offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”*; previsione ancor più circostanziata nel nuovo testo di cui all’art. 101 del d.lgs. 36/2023, ove attualmente è previsto che mediante il **soccorso istruttorio** si possa *“sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica”*;

g) che, di conseguenza, il **soccorso istruttorio** non avrebbe potuto trovare applicazione, riguardando, la contestata valutazione, l’assegnazione di un determinante punteggio tecnico e non, più semplicemente, una previsione

relativa alla partecipazione alla procedura di gara. Sul punto, una chiara presa di posizione da parte della giurisprudenza si registra nella recente sentenza del Consiglio di Stato del 21 agosto 2023, n. 7870, nella quale – oltre ad esaminarsi accuratamente l’evoluzione legislativa del **soccorso istruttorio** dal d.lgs. 50/2016 al vigente d.lgs. 36/2023 – si è ribadito che *“deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) 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. Restano, per contro, ampiamente sanabili le carenze (per omissione e/o per irregolarità) della documentazione c.d. amministrativa. In altri termini, si possono emendare le carenze o le irregolarità che attengano alla (allegazione) dei requisiti di ordine generale (in quanto soggettivamente all’operatore economico in quanto tale), non quelle inerenti ai requisiti di ordine speciale (in quanto atte a strutturare i termini dell’offerta, con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale richiesta per l’esecuzione delle prestazioni messe a gara)”*; il che è quanto si è verificato pure nella presente controversia;

h) che, inoltre, la dedotta applicazione dell’art. 18, comma 2 della legge 241/1990, posta a fondamento del riconoscimento dei 2 punti assegnati per il criterio B.7.2 in considerazione del fatto che il committente di tale appalto fosse proprio la società ANAS, non avrebbe potuto, invece, trovare applicazione relativamente all’appalto riguardante *“l’ampliamento della 3° corsia da Rimini a Pedaso - Lotto 4”*, trattandosi di commessa indetta dalla società Autostrada per l’Italia S.p.A.; cosicché l’ipotetica attivazione in via officiosa, da parte della commissione, per una consultazione presso la banca dati Anac, finalizzata ad avallare l’esecuzione della commessa dichiarata dalla ricorrente avrebbe sostanziato una condotta discriminatoria tra i concorrenti. Il tutto senza contare, sul piano concreto, lo stato di precaria attuazione delle disposizioni normative del codice del 2016 che hanno istituito il modello informativo e il FVOE: una disciplina profondamente incisa dal d.lgs. 36/2023 (inapplicabile *ratione temporis* alla gara controversa) per un effettivo avvento della digitalizzazione dei contratti pubblici, in attesa del quale trova

giustificazione l'elaborazione delle specifiche previsioni della *lex specialis* sulla prova documentale dei lavori riguardanti il criterio di valutazione oggetto del contendere.

In conclusione, sia il ricorso incidentale che il ricorso principale devono essere respinti.

Si ravvisano i presupposti per disporre la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso incidentale;
- respinge il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Fanizza, Consigliere, Estensore

Giuseppe Bianchi, Referendario

L'ESTENSORE

Angelo Fanizza

IL PRESIDENTE

Roberto Politi

IL SEGRETARIO