

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Polizza fideiussoria - Termine di efficacia - Soccorso istruttorio - Ammissibilità - Offerte - Punteggio - Attribuzione - Punteggio pari a zero - Ad una offerta recante servizi aggiuntivi gratuiti - Senza alcuna motivazione - Ove il bando e il disciplinare di gara omettano di specificare i criteri di attribuzione dei punteggi relativi ai servizi gratuiti, limitandosi ad elencare i servizi richiesti e ad indicare i relativi punteggi - Illegittimità - Ragioni.

Tar Lazio - Roma, Sez. IV, 24 giugno 2022, n. 8617

1. “[...] il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici può essere applicato anche al termine di efficacia della cauzione, consentendo al garante di prolungarlo per renderlo conforme alla normativa di gara [...]”.
2. “[...] l’inciso “non superiore a 10 giorni”, contenuto nella medesima disposizione, esprime una prescrizione di natura perentoria solo per il concorrente, ma non anche per la stazione appaltante, che può motivatamente concedere un termine superiore ai dieci giorni o prorogare quello concesso [...]”.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e di Vf Worldwide Holdings Ltd;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 giugno 2022 il dott. Giuseppe Bianchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

1. Con determina a contrarre n. 5 del 6 aprile 2021 l’Ambasciata d’Italia a Maputo (Mozambico) ha indetto la gara per l’esternalizzazione di servizi relativi allo svolgimento di attività connesse al rilascio dei visti d’ingresso in Italia.

Bls International Service Limited (BLS) ha partecipato alla procedura evidenziale collocandosi al secondo posto nella graduatoria finale, con il punteggio di 49,55, a distanza di 4,55 punti da Vf Worldwide Holdings Ltd (VFS), prima classificata con il punteggio complessivo di 54,1, alla quale la gara è stata aggiudicata.

Con il ricorso principale, proposto avverso l’aggiudicazione e i connessi atti di gara, la società BLS ha articolato le seguenti censure:

“I Violazione di legge ed eccesso di potere per falsa applicazione dell’art. 97 Costituzione in relazione all’art. 93 del D.Lgs. 50/2016 ed alla lex specialis della 10 procedura [come stabilito nella Sezione III.1.2 del Bando di Gara ed all’articolo 7.2 del Disciplinare di Gara] sotto il profilo della

mancata esclusione dell'offerta presentata dalla controinteressata VF Worldwide Holdings per assenza e/o comunque assoluta ed insanabile inidoneità della garanzia provvisoria allegata all'atto della presentazione dell'offerta.

Il Violazione di legge e falsa applicazione dell'articolo 3 della Direttiva UE 2014/23, degli articoli 29 e 30 del D.Lgs. 50/2016 sotto il profilo della violazione dei principi di trasparenza, correttezza, parità di trattamento e non discriminazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione e del principio di autolimitazione preventiva del potere discrezionale, sotto il profilo della attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche in violazione delle prescrizioni contenute nella lex specialis della procedura [Paragrafo IV.2.1 del Bando di Gara e Paragrafo 8.5 del Disciplinare di Gara]. Violazione di legge ed eccesso di potere per manifesta irrazionalità, evidente inattendibilità e difetto di istruttoria dei punteggi assegnati alle offerte tecniche anche in relazione alla violazione del combinato disposto di cui agli articoli 1 e 3 Legge 241/1990 e dell'art. 95 commi 8 e 9 D.Lgs. 50/2016”.

La società ricorrente ha quindi concluso chiedendo al Tribunale di:

“1. accertare l'illegittimità e per l'effetto annullare gli atti impugnati con il presente ricorso con conseguente obbligo per le Pubbliche Amministrazioni intimare di conformarsi al giudicato;

2. accerti e dichiarare ex art. 121 e 122 c.p.a. l'inefficacia del contratto, eventualmente, medio tempore concluso tra il Ministero degli Affari Esteri e/o l'Ambasciata d'Italia a Maputo con la società VF Worldwide Holdings odierna controinteressata;

3. accerti e dichiarare quindi – nel caso di eventuale conclusione del contratto – il diritto della società BLS International Service Limited ad ottenere l'aggiudicazione del contratto di concessione ed il conseguente e correlato subentro nelle correlate posizioni negoziali [rispetto al quale hanno formalmente dichiarato l'interesse e la disponibilità al predetto subentro];

4. condanni in forma specifica ex art. 122 e 124 c.p.a. il Ministero degli Affari Esteri e/o l'Ambasciata d'Italia a Maputo a contrattare e/o a riconoscere e/o costituire le correlate posizioni negoziali con la società BLS International Service Limited odierna ricorrente”.

5. Dopo aver preso conoscenza, a seguito di accesso, della documentazione di gara, con ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ha formulato, in parte riprendendo i motivi proposti con il ricorso introduttivo, i seguenti profili di doglianza:

“I Violazione di legge ed eccesso di potere per falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione in relazione all'articolo 83 del D.Lgs. 50/2016 ed alla lex specialis della procedura [come stabilito dai paragrafi 6.6 e 7.4 del Disciplinare di Gara] per carenza di allegazione di valida procura speciale comprovante i poteri del procuratore speciale della società VF Worldwide Holdings che ha

sottoscritto la documentazione di gara e l'offerta presentata. Violazione di legge ed eccesso di potere in relazione agli articoli 83.

II Violazione di legge ed eccesso di potere per falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione, in relazione all'art. 93 del D.Lgs. 50/2016 ed alla lex specialis della procedura [come stabilito nella Sezione III.1.2 del Bando di Gara ed all'articolo 7.2 del Disciplinare di Gara] sotto il profilo della mancata esclusione dell'offerta presentata dalla controinteressata VF Worldwide Holdings per assenza e/o 10 comunque assoluta ed insanabile inidoneità della garanzia provvisoria allegata all'atto della presentazione dell'offerta. Violazione di legge ed eccesso di potere sotto il profilo della violazione del principio di imparzialità, della par condicio competitorum e per falsa applicazione dell'articolo 83 comma 9 D.Lgs. 50/2016 in relazione alla mancata esclusione dell'offerta della controinteressata riferita all'omessa regolarizzazione della garanzia nel termine assegnato dall'Amministrazione in sede di attivazione di soccorso istruttorio.

III Violazione di legge e falsa applicazione dell'articolo 3 della Direttiva UE 2014/23, degli articoli 29 e 30 del D.Lgs. 50/2016 sotto il profilo della violazione dei principi di trasparenza, correttezza, parità di trattamento e non discriminazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Costituzione e del principio di autolimitazione preventiva del potere discrezionale, sotto il profilo della attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche in violazione delle prescrizioni 14 contenute nella lex specialis della procedura [Paragrafo IV.2.1 del Bando di Gara e Paragrafo 8.5 del Disciplinare di Gara]. Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria e travisamento del fatto e delle effettive caratteristiche dei servizi offerti”.

3. Si sono costituite l'Amministrazione intimata e la società aggiudicataria, quale controinteressata, chiedendo la reiezione del ricorso.

4. All'udienza pubblica del 22 giugno 2022 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

5. Preliminarmente, accogliendo l'eccezione sollevata dalla società controinteressata nella memoria del 11 giugno 2022, il Collegio rileva che non può tenersi conto, in sede di decisione, dei motivi formulati dalla parte ricorrente per la prima volta con le memorie difensive del 29 aprile 2022 e del 6 giugno 2022, non notificate, i quali avrebbero dovuto essere ritualmente proposti con il ricorso introduttivo o con l'atto di motivi aggiunti (*ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 10 marzo 2020, n. 3127).

Risultano, perciò, inammissibili:

– la censura con cui la ricorrente deduce che “*il rimedio del soccorso istruttorio non può essere adoperato qualora, come nel caso di specie, non è stato validamente presentato l'impegno di cui*

all'art. 93, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 al rilascio della garanzia definitiva”, articolata per la prima volta nella memoria del 29 aprile 2022;

– la doglianza riguardante l'individuazione dell'organo competente al rilascio della procura speciale all'interno della società controinteressata (*“il potere di costituire procuratori speciali per la società VF appartiene all'organo collegiale “Comitato del Consiglio di Amministrazione” e non all'Amministratore Ashish Patel che ha, invece, sottoscritto l'atto di nomina prodotto”*), formulata per la prima volta con la memoria del 6 giugno 2022;

– il motivo relativo alla *“indebita attribuzione di punteggi non spettanti all'offerta presentata dalla società VF ed ai minori punteggi attribuiti alla società BLS”*, come riformulato *ex novo* con la memoria del 6 giugno 2022.

6. Passando all'esame dei motivi ritualmente proposti, occorre muovere, per ragioni di ordine logico, dalla prima doglianza articolata con il ricorso per motivi aggiunti, con la quale la società ricorrente, con riferimento all'estratto della delibera del consiglio di amministrazione della società controinteressata contenente la procura speciale per gli atti di gara, deduce che *“la sottoscrizione del Direttore Ashish Patel non risulta autenticata dal funzionario ministeriale (signor Aamna Abdulla Ali Al Nuaimi) che si è limitato ad apporre un “certificato di firma” ... il pubblico ufficiale si limita ad attestare che il segno grafico (non apposto dinnanzi a lui), riportato nel documento (in carta semplice non autenticata né dichiarata conforme) è conosciuto poiché depositato presso l'ufficio; il pubblico ufficiale non attesta di avere identificato il soggetto sottoscrittore; il medesimo pubblico ufficiale non attesta che il soggetto, come sopra identificato, ha apposto dinnanzi a lui la sottoscrizione autenticata”*.

L'argomento di censura è privo di fondamento ove si consideri che la locuzione utilizzata dal funzionario ministeriale del Governo di Dubai (*“si certifica la firma di”*) – nell'indicare un'attività di certificazione riferita alla sottoscrizione presente sul documento – non può certamente essere ridotta, come sostenuto dalla ricorrente, a un mero timbro di deposito del documento presso l'ufficio.

Del resto, il disciplinare di gara prevedeva che *“Per gli operatori economici stabiliti in altri Stati il possesso dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara è accertato in base alla documentazione prodotta secondo le normative vigenti nei rispettivi paesi”* e la ricorrente non ha allegato né provato che, in base alla legge degli Emirati Arabi, l'anzidetta formula adoperata dal funzionario governativo non corrisponda ad una attestazione di genuinità della firma, come effettivamente proveniente dal soggetto che figura come sottoscrittore.

7. Con il primo motivo del ricorso principale e il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti la ricorrente lamenta che *“in primo luogo, l'Amministrazione resistente non poteva attivare il soccorso*

istruttorio poiché l'irregolarità della garanzia provvisoria – in quanto riportava l'impegno del garante a rinnovare l'efficacia della garanzia per un solo ulteriore periodo di 180 giorni anziché per più periodi di 180 giorni – non è suscettibile di sanatoria postuma in secondo luogo l'Ambasciata non poteva esonerare, come invece è avvenuto, la società VF dal rispetto del termine di 10 giorni (già illegittimamente concesso) per la regolarizzazione della garanzia provvisoria; giova evidenziare che il termine di 10 giorni fissato dal comma 9 dell'art. 83 D.Lgs. 50/2016 è perentorio ... L'Ambasciata non aveva (e non ha) il potere di prorogare il termine (massimo) di dieci giorni”.

Premesso che – diversamente da quanto sostenuto dalla parte controinteressata – nella fattispecie in esame ricorrevano i presupposti per l'attivazione del soccorso istruttorio, attesa la oggettiva equivocità della clausola di impegno al rinnovo contenuta nella garanzia originariamente presentata dall'aggiudicataria (che, sebbene richiamasse la previsione del bando che faceva riferimento alla possibilità di proroga per “*ulteriori periodi di 180 giorni*”, tuttavia fissava la data del 26 luglio 2022 quale termine ultimo di efficacia della garanzia: “*il garante si impegna a rinnovare la garanzia per un ulteriore periodo di durata pari a quello indicato nel bando o nell'invito e, pertanto, fino al 26 luglio 2022*”), il Collegio osserva che le doglianze in esame risultano prive di fondamento.

Infatti:

- il soccorso istruttorio *ex art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici* può essere applicato anche al termine di efficacia della cauzione, consentendo al garante di prolungarlo per renderlo conforme alla normativa di gara (Cons. St. sez. V, 19 aprile 2021, n. 3166);
- l'inciso “*non superiore a 10 giorni*“, contenuto nella medesima disposizione, esprime una prescrizione di natura perentoria solo per il concorrente, ma non anche per la stazione appaltante, che può motivatamente concedere un termine superiore ai dieci giorni o prorogare quello concesso (TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 10 febbraio 2020, n. 1788; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 13 settembre 2021, n. 5818).

Al lume della richiamata giurisprudenza, che il Collegio ritiene di condividere, l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante nel caso di specie si rivela indenne dalle censure in esame.

8. Il secondo motivo di ricorso, con cui la ricorrente lamenta la “*omessa attribuzione di punteggi legittimamente spettanti all'offerta presentata dalla ricorrente BLS per i servizi aggiuntivi offerti gratuitamente*”, è fondato nei limiti di seguito esposti.

8.1 Sono prive di pregio le contestazioni relative alla mancata attribuzione dei punteggi per il servizio “*Applicazione per la compilazione integrale via internet del formulario di domanda e degli eventuali documenti aggiuntivi da parte dell'utente*” – posto che l'offerta della ricorrente conteneva il

referimento alla mera disponibilità su internet del modulo per la compilazione della domanda e di eventuali documenti aggiuntivi, all'evidenza insufficiente ad integrare gli estremi del servizio richiesto – e per il servizio “*Compilazione guidata e assistita del formulario di domanda al telefono*” – atteso che quest'ultimo non risulta incluso nell'elenco dei servizi offerti gratuitamente dalla ricorrente.

8.2 E' fondata, invece, la contestazione concernente la macroscopica illogicità della valutazione dell'Amministrazione, non motivata, di considerare “non presente” tra i servizi gratuiti offerti dalla ricorrente quello relativo alla “*Compilazione guidata e assistita del formulario di domanda nel VAC*” (per il quale era prevista l'attribuzione di 5 punti con il c.d. metodo on/off).

Invero, il bando e il disciplinare di gara omettono completamente di specificare i criteri di attribuzione dei punteggi relativi ai servizi gratuiti, limitandosi ad elencare i servizi richiesti e ad indicare i relativi punteggi.

Ne deriva che, a fronte della dichiarazione di offrire il servizio gratuito in questione, contenuta nell'offerta della ricorrente, l'attribuzione di un punteggio pari a 0 avrebbe dovuto essere accompagnata dalla chiara enunciazione, con motivazione discorsiva, delle ragioni poste a fondamento della scelta di considerare “non presente” l'offerta del servizio, in omaggio al costante orientamento giurisprudenziale secondo cui l'onere motivazionale può essere soddisfatto dalla semplice attribuzione dei punteggi in termini numerici solo laddove la *lex specialis* abbia predeterminato in modo articolato i criteri e sub-criteri di valutazione ed i criteri motivazionali cui la Commissione deve ricorrere nella disamina delle offerte (*ex plurimis*, Cons. St., Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2118; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 31 marzo 2021, n. 2144).

La esplicitazione di una motivazione di tipo discorsivo era tanto più necessaria nel caso di specie considerando che l'aggiudicataria – che nella propria offerta non ha proposto di erogare il suddetto servizio – ha conseguito il medesimo punteggio (pari a 0) attribuito alla ricorrente, che, invece, ha espressamente indicato la “*Compilazione guidata e assistita del formulario di domanda di visto nel VAC*” nell'elenco dei servizi gratuiti offerti, utilizzando la stessa terminologia adoperata dal disciplinare di gara: è agevole rilevare che l'attribuzione dello stesso punteggio di 0 a una offerta che espressamente contemplava la prestazione del servizio in discussione e a una offerta che, viceversa, non lo contemplava, avrebbe richiesto che la Commissione esplicitasse i motivi della scelta di trattare allo stesso modo situazioni che appaiono oggettivamente diverse.

8.3 Peraltro, anche la motivazione postuma contenuta nella memoria difensiva depositata dalla difesa erariale, secondo cui la valutazione negativa sarebbe dipesa dalla omessa indicazione da parte della ricorrente del personale da destinare al servizio in questione (“*tale valutazione della Commissione è*

stata suffragata da un'attenta analisi della sezione dedicata al personale da impiegare nel VAC, per la quale la ricorrente non destinava esplicitamente alcuna delle 7 unità impiegate nel VAC, lasciando intendere che il servizio offerto sarebbe consistito di fatto in una mera assistenza allo sportello di informazione”), risulta inidonea a rendere ragione della decisione della Commissione posto che

– né il bando di gara, né il relativo disciplinare prevedevano l'indicazione del personale da destinare allo svolgimento dei servizi gratuiti aggiuntivi (infatti, come prima esposto, la legge di gara non fissava alcun criterio di valutazione relativamente a tali servizi);

– la Commissione ha considerato “presenti” nell'offerta BLS altri servizi gratuiti, riconoscendo il relativo punteggio, malgrado la ricorrente, anche per tali servizi, non avesse indicato il personale destinato alla loro erogazione;

– avrebbe dovuto ritenersi implicito che l'erogazione del servizio in questione sarebbe stata assicurata dal personale (pari a 3 unità) addetto dalla ricorrente agli “sportelli accettazione” e allo “sportello informazioni” dei VAC;

– la ricorrente ha proposto di impiegare presso il VAC 7 unità di personale, a fronte dei 3 addetti previsti nell'offerta della aggiudicataria;

– l'eventuale incertezza in ordine al personale da destinare allo svolgimento del servizio avrebbe dovuto condurre la Commissione a richiedere alla ricorrente un chiarimento sul punto, anche ricorrendo allo strumento del soccorso istruttorio, piuttosto che a negare direttamente l'attribuzione del punteggio.

9. Acclarata l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della controinteressata e passando ad esaminare la domanda *ex art. 124, comma 1, c.p.a.*, proposta dalla ricorrente, il Collegio osserva che deve ritenersi accertata anche l'effettiva spettanza dell'aggiudicazione in favore di quest'ultima, in quanto:

– l'esistenza dell'impegno negoziale, richiesto dalla legge di gara per acquisire il punteggio di 5 punti riservato al servizio gratuito di “*Compilazione guidata e assistita del formulario di domanda nel VAC*”, va accertato esclusivamente sulla base della manifestazione della volontà dell'operatore economico di assumere il relativo obbligo (cft. Cons. St., Sez. V, 8 marzo 2021, n. 1922);

– nel caso di specie, come sopra detto, tale dichiarazione negoziale era contenuta nella offerta della ricorrente, che ha espressamente indicato la “*Compilazione guidata e assistita del formulario di domanda di visto nel VAC*” nell'elenco dei servizi gratuiti offerti;

– le regole di attribuzione del punteggio relativo al suddetto servizio, poste dalla legge di gara, non prevedono margini di discrezionalità o di valutazione riservata alla stazione appaltante (o, per essa, alla commissione giudicatrice) in quanto si basano sul principio “on/off” – secondo cui in presenza

dell'elemento richiesto è attribuito un punteggio predeterminato ed in assenza è attribuito un punteggio pari a zero – sicché, sotto questo profilo, la valutazione dell'offerta è affidata alla meccanica individuazione della presenza o meno del singolo servizio richiesto dal disciplinare di gara.

Pertanto, nel caso di specie, l'accertamento della spettanza di detto punteggio – che permette alla ricorrente di sopravvivere nella graduatoria la controinteressata – consente al giudice di accertare e dichiarare il diritto all'aggiudicazione in favore della predetta società (salva la verifica dei requisiti di legge), ai sensi dell'art. 124, comma 1, c.p.a., con conseguente subentro della stessa nell'aggiudicazione.

10. Per le ragioni sopra sinteticamente esposte, il ricorso deve essere, quindi, accolto e, per l'effetto, devono essere annullati i provvedimenti impugnati, con l'accoglimento – altresì – della proposta domanda di subentro nell'aggiudicazione del contratto *de quo*, tramite l'ordine all'Amministrazione resistente di disporre il subentro nell'aggiudicazione della società ricorrente (previa verifica dei requisiti di legge).

11. Le spese del giudizio seguono la soccombenza nei rapporti tra la ricorrente e l'Amministrazione resistente e sono liquidate come da dispositivo.

In considerazione delle ragioni della decisione, sussistono i presupposti per compensare le spese processuali tra la ricorrente e la controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto

– annulla i provvedimenti impugnati nei sensi sopra indicati;

– ordina alla stazione appaltante resistente di disporre il subentro della società ricorrente nell'aggiudicazione del contratto per cui è causa.

Condanna l'Amministrazione resistente a rimborsare le spese di lite in favore della ricorrente, nella misura complessiva di € 3.500,00, oltre accessori.

Compensa per il resto le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Fanizza, Consigliere

Giuseppe Bianchi, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO