

APPALTI: Contratti della P.A. - Deposito documentazione per stipula contratto - Termine perentorio - Possibilità.

Cons. Stato, Sez. V, 2 novembre 2021, n. 7302

- in *Il Foro amm.*, 11, 2021, pag. 1722.

“[...] anche nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) questa Sezione ha precisato che, pur in mancanza di espressa previsione nella lex specialis, è consentito alla stazione appaltante imporre un termine perentorio per l’invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto d’appalto, rendendosi anzi necessario ad evitare l’indefinito protrarsi della fase evidenziale precedente [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., di G.C.F. Generali Costruzioni Ferroviarie s.p.a. e di Ceprini Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Gianluca Luzi, Tommaso Di Nitto e Claudio Guccione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con lettera di invito del 6 giugno 2009 R.F.I. s.p.a. – Rete ferroviaria italiana invitava alcuni operatori economici iscritti nel “*Sistema di qualificazione delle imprese di RFI s.p.a. SQ001 – interventi agli impianti di trazione elettrica e per l’energia*” a partecipare alla procedura di gara ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economica più vantaggiosa, per l’affidamento della “*Progettazione esecutiva e l’esecuzione di lavori di elettrificazione a 3kVcc della linea ferroviaria Foggia – Potenza nella tratta Rocchetta – Potenza, comprensivi della realizzazione di due sottostazioni elettriche, a Rionero e a Pietragallia, di una Cabina TE a Potenza, nonché di interventi secondari connessi*”, per un importo complessivo a base di gara di € 38.246.747,48.

1.1. Il disciplinare di gara (alla lettera H) stabiliva i seguenti criteri di valutazione delle offerte tecniche: “*1.0 Esperienza specifica*”, “*2.0. Aspetti tecnici migliorativi*”, “*3.0. Aspetti temporali*”, ciascuno di essi suddivisi in sub-criteri; per ciascun elemento di valutazione era altresì prevista la documentazione che i concorrenti avrebbero dovuto presentare per dimostrare il possesso dei requisiti autodichiarati e che la stazione appaltante avrebbe esaminato nella fase di comprova, con la

precisazione (contenuta al par. L) che il provvedimento di aggiudicazione sarebbe divenuto efficace solo dopo la verifica dell'effettivo possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti dichiarati nell'offerta tecnica e che per questo l'aggiudicatario era tenuto *“entro 10 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione di aggiudicazione, ... a trasmettere documentazione attestante l'effettivo possesso dei requisiti premiali dichiarati nell'offerta tecnica, come da dettaglio contenuto nella quinta colonna della Tabella di ponderazione”*.

1.2. In particolare, per quanto interessa al presente giudizio, nella predetta Tabella era stabilito che, per il sub-criterio di valutazione 1.1.1.2 (*“Importo complessivo dei lavori specifici eseguiti e diretti in qualità di Direttore Tecnico negli ultimi 10 anni”*), i concorrenti fossero tenuti a presentare *“Copia degli atti di nomina e di procura nel ruolo di Direttore Tecnico per i lavori rientranti nella categoria LTE-002 dallo stesso diretti, nonché copia dei contratti, del Certificato Esecuzione Lavori /o documentazione equivalente attestante la rispondenza a quanto autodichiarato”*; per il sub-criterio di valutazione 1.2.2.1., *“Avvenuto espletamento negli ultimi 10 anni di un contratto o di un accordo quadro per interventi di progettazione esecutiva e di realizzazione di linee di contratto per la trazione elettrica di importo superiore a Euro 15.000.000 (contratto di punta)”* era indicata quale documentazione da presentare in sede di verifica *“Copia del Contratto, copia del certificato di esecuzione di lavori pubblici (CEL), rilasciato dall'autorità competente secondo le disposizioni vigenti dell'ANAC, attestante la regolare esecuzione del contratto. Nel caso di lavori eseguiti all'estero dovrà essere prodotto il certificato CELMAE da richiedere alle rappresentanze diplomatiche italiane con le modalità indicate nella “Nuova procedura per il rilascio alle imprese dei certificati per i lavori eseguiti all'Estero”, disponibile sul portale ANAC (in caso di concorrente plurisoggettivo, dalla Capogruppo Mandataria)”*.

1.3. All' esito delle operazioni di gara risultava primo graduato il r.t.i. con G.C.F. Generale Costruzioni Ferroviarie s.p.a. come mandataria e Ceprini Costruzioni s.r.l. quale mandante, con un punteggio pari a 85,2535, e secondo graduato il r.t.i. con Alstom Ferroviaria s.p.a. come mandataria e ESIM s.r.l. e Ferone Pietro & C. s.r.l. come mandanti; la stazione appaltante aggiudicava definitivamente l'appalto al raggruppamento primo graduato con provvedimento del 15 giugno 2020.

2. Con un primo ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio Alstom Ferroviaria impugnava il provvedimento di aggiudicazione, lamentando che la commissione giudicatrice aveva erroneamente attribuito il punteggio in relazione al criterio di valutazione *“2.0. Aspetti tecnici migliorativi”* di cui al paragrafo H del disciplinare di gara.

2.1. Successivamente, pendente il primo giudizio, dopo aver ottenuto il 4 febbraio 2021 l'accesso ai documenti presentati dall'aggiudicatario a comprova dei requisiti premiali autodichiarati (e verificati

dalla stazione appaltante), Alstom Ferroviaria proponeva nuovo ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio avverso il provvedimento di aggiudicazione fondato su due motivi.

Con il primo motivo lamentava la violazione del disciplinare di gara nella parte in cui era fissato in 10 giorni il termine entro il quale l'aggiudicatario avrebbe dovuto trasmettere i documenti a comprova dei requisiti premiali autodichiarati; era infatti accaduto che nel predetto termine il r.t.i. G.C.F. aveva trasmesso solo una parte della documentazione e la stazione appaltante avviato il soccorso istruttorio, anzichè escluderlo dalla procedura per mancato rispetto del termine perentorio.

Con il secondo motivo sosteneva che dall'esame della documentazione trasmessa a comprova dei requisiti dichiarati emergeva la carenza di prova (e così l'assenza del requisito dichiarato per il quale aveva ottenuto il punteggio premiale) delle esperienze professionali del direttore tecnico, come pure del pregresso completamento di un contratto di punta.

2.2. Si costituivano in giudizio Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e G.C.F. Generale costruzioni ferroviarie s.p.a., che concludevano per il rigetto del ricorso.

Il giudice di primo grado, con la sentenza indicata in epigrafe, respingeva il ricorso e condannava la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio rilevando che:

- a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) il termine che la stazione appaltante deve assegnare per la comprova dei requisiti non è più specificato, né è detto perentorio, ed anzi, la precisazione dell'art. 85, comma 5, per cui è possibile invitare gli operatori economici ad integrare i certificati richiesti apre la strada all'esperibilità del soccorso istruttorio in tutti in cui non sia riscontrata una carenza "sostanziale" (come tale insuscettibile di essere sanata con soccorso istruttorio), ma solo una incompletezza della documentazione fornita, come nel caso di specie;

- le censure proposte con il secondo motivo di ricorso non sono ammissibili poiché investono la decisione della commissione (non in relazione al possesso di un requisito di qualificazione, ma) in ordine al punteggio da attribuire alle offerte tecniche dei concorrenti, ovvero attività espressione di ampia discrezionalità che è possibile sindacare solo in presenza di evidenti e macroscopiche illogicità (e senza che sia consentita una sostituzione nella valutazione tecnica delle offerte), che non ricorrono nella specie perché:

- l'esperienza maturata dal direttore tecnico indicato dall'aggiudicatario non era in dubbio per il solo fatto che in uno dei due CEL prodotti a comprova dei contratti dallo stesso eseguiti risultava essere stato nominato con altro direttore tecnico, in quanto "*il requisito esperenziale, per sua natura, si acquisisce per il fatto stesso di avere ricoperto un determinato ruolo e assunto le responsabilità ad esso connesse*" e tenendo conto dell'art. 87, comma 1, d.P.R. 207 del 2010 che, disponendo che "*La*

direzione tecnica può essere assunta da un singolo soggetto, eventualmente coincidente con il legale rappresentante dell'impresa, o da più soggetti” allo scopo di garantire l’effettiva e regolare direzione dei lavori nei cantieri relativi ai lavori di maggior rilievo sul piano economico, rende evidente che disporre di più direttori tecnici su un determinato contratto assicura una maggiore qualità della direzione tecnica delle prestazioni;

- in relazione alla pregressa esperienza nella esecuzione di un contratto di punta, la stazione appaltante non aveva necessità dei CEL poichè i SAL prodotti dall’aggiudicataria erano riferiti a contratti applicativi di accordi quadro sottoscritti con la stessa stazione appaltante per cui era già in possesso di tutta la documentazione tecnica e contabile relativa ai contratti ed era in grado di accertare la sussistenza dell’esperienza maturata dall’impresa e, dunque, l’esistenza del requisito dichiarato.

3. Propone appello Alstom Ferroviaria s.p.a. nella qualità indicata in epigrafe; si sono costituite R.F.I. – Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e G.C.F. Generale Costruzioni Ferroviarie s.p.a..

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All’udienza del 7 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello Alstom Ferroviaria censura la sentenza di primo grado per “*Error in iudicando: violazione artt. 32 e 83 del d.lgvo 50/2016 e della lex specialis – travisamento/errata valutazione dei presupposti di fatto e diritto – manifesta contraddittorietà ed illogicità della motivazione – omessa motivazione*”: ribadisce, in forma critica alla sentenza, che l’aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara per mancato rispetto del termine – che assume perentorio – di 10 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione entro il quale il paragrafo L) del disciplinare di gara l’onerava a trasmettere la documentazione idonea a comprovare i requisiti premiali autodichiarati in sede di offerta tecnica.

Rileva che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, anche dopo l’entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti possono stabilire, con prescrizione più rigorosa rispetto alle previsioni generali, un termine per la presentazione della documentazione a comprova allo scopo di assicurare celerità e certezza al procedimento di scelta del contraente, come avvenuto nella procedura *de qua*, in cui il punto L) del disciplinare prevedeva proprio in 10 giorni il termine entro il quale fornire la documentazione; il tenore della clausola – in cui era riservata all’amministrazione la facoltà di revocare l’aggiudicazione nel caso di termine non rispettato – conduce a considerare perentorio il termine ed escluso l’eventuale soccorso istruttorio.

2. Il motivo è infondato e questo consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità riproposta *ex art.* 101, comma 2, cod. proc. amm. da G.C.F. s.p.a..

2.1. La ricostruzione dell'appellante è condivisibile in punto di perentorietà del termine assegnato dalla stazione appaltante all'aggiudicatario nel disciplinare di gara per la trasmissione della documentazione a comprova dei requisiti premiali autodichiarati, non, invece, quanto all'impraticabilità del soccorso istruttorio nella fase di verifica dei requisiti.

2.2. Quanto al primo profilo, anche nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) questa Sezione ha precisato che, pur in mancanza di espressa previsione nella *lex specialis*, è consentito alla stazione appaltante imporre un termine perentorio per l'invio della documentazione necessaria ai fini della stipula del contratto d'appalto, rendendosi anzi necessario ad evitare l'indefinito protrarsi della fase evidenziale precedente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2018, n. 738, cui si rinvia per le ragioni collegate alle esigenze, evidenziate dallo stesso appellante, di celere conclusione del procedimento di evidenza pubblica nell'interesse dell'amministrazione); il principio vale a maggior ragione nel caso, come quello in esame, in cui la fissazione di un termine era stabilita dalla legge di gara.

Né si può dire che il termine non fosse assistito da sanzione – e che per questo non fosse un termine perentorio – perché, in disparte ogni considerazione sulla qualificazione come perentorio di un termine, era certamente prevista una sanzione, essendo fatta “*salva la facoltà di R.F.I. S.p.A. di revocare l'aggiudicazione*”, per cui, a prescindere dalle parole usate, la revoca dell'aggiudicazione era l'esito inevitabile della mancata trasmissione della documentazione nel termine previsto (sarebbe illogico ritenere, infatti, che in mancanza di trasmissione nei termini la stazione appaltante potesse comunque confermare l'aggiudicazione).

2.3. Ciò posto, è certo però che l'aggiudicatario abbia rispettato il termine perentorio di 10 giorni previsto dal disciplinare di gara: come ammesso dalla stessa appellante, infatti, G.C.F. s.p.a., ricevuta la comunicazione di aggiudicazione il 15 giugno 2020, ha trasmesso la documentazione in data 24 giugno 2020, ossia nel termine stabilito.

La documentazione, però, era ritenuta incompleta dalla stazione appaltante, che ne richiedeva l'integrazione.

La questione rilevante, allora, non è quella del rispetto del termine (la decadenza essendo impedita al solo compimento del comportamento richiesto a carico del destinatario *ex art.* 2966 cod. civ.), ma quella dell'ammissibilità della richiesta di integrazione documentale formulata dalla stazione appaltante in fase di verifica dei requisiti precedentemente dichiarati dall'aggiudicatario nell'offerta tecnica.

2.4. Al riguardo non v'è ragione di discostarsi dai precedenti – già citati dal giudice di primo grado – secondo i quali non si può escludere, in linea di principio, il soccorso istruttorio nel caso in cui, dichiarato il possesso dei requisiti di capacità economica – finanziaria e tecnico – professionale, il concorrente, in sede di comprova, produca documentazione insufficiente o incompleta o errata, comunque, inidonea a dimostrare il requisito così come posseduto e dichiarato all'atto di presentazione della domanda di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1540, che, a sua volta cita la sentenza della Sezione, 5 aprile 2019, n. 2242).

Milita in questo senso la seguente considerazione.

L'art. 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016 prevede una fase di verifica del possesso dei requisiti cui condiziona l'efficacia dell'aggiudicazione (*“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti”*); è questo il momento in cui la stazione appaltante controlla la documentazione che accompagna la domanda di partecipazione o l'offerta tecnica.

L'art. 85 (*Documento di gara unico europeo*), comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, peraltro, prevede, che *“Prima dell'aggiudicazione dell'appalto, la stazione appaltante richiede all'offerente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto, tranne nel caso di appalti basati su accordi quadro se conclusi ai sensi dell'articolo 54, comma 3 o comma 4, lettera a), di presentare documenti complementari aggiornati conformemente all'articolo 86 e, se del caso, all'articolo 87.”*

D'altra parte l'art. 83, comma 9, del codice non fissa un termine ultimo per l'esercizio del soccorso istruttorio in sede di gara, quale potrebbe essere, ad esempio, l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, poiché tale attività è evidentemente correlata al momento in cui la stazione appaltante valuta la regolarità e completezza della documentazione fornita; ne segue, quale logica conseguenza, che se tale valutazione è compiuta per l'offerente per la prima volta in fase di verifica va consentito alla stazione appaltante di richiederne la regolarizzazione o integrazione (sempre che, naturalmente, non si consenta all'offerente di formare atti in data successiva alla presentazione dell'offerta, perché ne sarebbe violata la *par condicio*, cfr. Cons. Stato, V, 27 gennaio 2021, n. 804; III, 26 giugno 2020, n. 4103).

2.5. In conclusione sul punto, la sentenza di primo grado merita conferma perché era in facoltà di R.F.I. richiedere ulteriore documentazione all'aggiudicatario ad integrazione di quella trasmessa in fase di verifica del possesso dei requisiti già dichiarati.

3. Con il secondo motivo di appello Alstom Ferroviaria censura la sentenza di primo grado per: *“Error in iudicando: violazione artt. 32 e 86 del d.lgvo 50/2016 e dell'art. 83 del d.lgvo 207/2010 – violazione lex specialis – travisamento/errata valutazione dei presupposti di fatto e diritto – omessa pronuncia – manifesta contraddittorietà ed illogicità della motivazione”*.

3.1. L'appellante premette di aver sostenuto nei motivi di ricorso proposti che la documentazione trasmessa dall'aggiudicataria in sede di verifica dei requisiti non fosse idonea a dar prova dei requisiti dichiarati in sede di offerta tecnica; a suo dire, pertanto, il r.t.i. C.G.F. s.p.a. avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura o comunque subire la rideterminazione dei punteggi assegnati.

3.2. Lamenta che a fronte di tale censura il giudice di primo grado ha erroneamente inteso che avesse voluto contestare il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice alla controinteressata e dunque la valutazione discrezionale che l'aveva determinato, così giudicando non ammissibili i motivi (comunque vagliati nel merito), laddove invece, come precedentemente riportato, oggetto di contestazione era la sola idoneità della documentazione trasmessa a comprova dei requisiti premiali autodichiarati secondo le prescrizioni della *lex specialis*.

3.3. Stima poi erronee le motivazioni con cui in sentenza erano stati respinti nel merito i motivi di ricorso: quanto alla mancata comprova del requisito premiale dell'effettiva esecuzione e direzione da parte del direttore dei lavori specifici negli ultimi 10 anni per un importo superiore ai 15 milioni di euro (grazie al quale aveva ottenuto due punti complessivi), per aver il tribunale travisato l'effettiva portata precettiva dell'art. 87, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010, il quale consente di impiegare cumulativamente più direttori tecnici, ma non stabilisce affatto che in questo caso il requisito esperienziale è maturato dai direttori tecnici in egual misura: è vero invece che la direzione tecnica comporta l'acquisizione di un bagaglio esperienziale che va valutato in concreto, tenendo conto dell'effettiva attività espletata, come avviene in sede di rilascio dell'attestazione SOA, e necessariamente anche in sede di attribuzione di punteggio con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa; quanto invece alla mancata comprova del requisito premiale dell'esecuzione di un contratto o accordo quadro per interventi di progettazione esecutiva e di realizzazione di linee di contatto per la trazione elettrica di importo superiore a € 15.000.000, c.d. servizio di punta (per il quale aveva ottenuto 9 punti), giacché la circostanza che i SAL trasmessi a comprova si riferivano a contratti applicativi di accordo quadro sottoscritto con la stazione appaltante, che, per questo sarebbe stata in condizione di accertare la sussistenza dell'esperienza maturata, non poteva elidere la prescrizione della legge di gara, secondo cui il concorrente era tenuto a trasmettere unicamente i C.E.L., e questo per essere l'emissione di tali certificati non una facoltà, ma un obbligo per il committente che, in questo modo, dichiara che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito (come da indicazione di A.n.a.c.).

4. Il motivo è fondato nei termini che si vanno ad esporre.

4.1. Preliminarmente va precisato che, come evidenziato dall'appellante, v'è nel ragionamento del giudice di primo grado una eccessiva insistenza sulla natura discrezionale del punteggio attribuito

dalla commissione giudicatrice per i requisiti dichiarati dai concorrenti e correlativamente sui limiti del sindacato giurisdizionale quando tali punteggi sono contestati in giudizio; tuttavia tale profilo era del tutto irrilevante nel presente giudizio in cui con i motivi di ricorso era stata contestata piuttosto l'idoneità della documentazione a comprova fornita dall'aggiudicatario alla luce delle prescrizioni della *lex specialis*; questione, evidentemente, che nulla ha a che fare con la discrezionalità della commissione nell'assegnazione del punteggio e sulla quale il sindacato del giudice amministrativo non è in alcun modo limitato.

Ad ogni buon conto il giudice di primo grado ha risposto alle censure della ricorrente ed è dunque sulle critiche che alle stesse rivolge l'appellante che occorre soffermarsi.

4.2. Sul primo profilo oggetto di contestazione – la comprova del requisito esperienziale in capo al direttore tecnico – le stesse sono infondate e per questo resta assorbita l'eccezione di inammissibilità riproposta *ex art.* 101, comma 2, cod. proc. amm. da G.C.F. s.p.a. in relazione a tale specifico profilo. La circostanza che il direttore tecnico – nella pregressa esperienza professionale dichiarata dall'aggiudicatario allo scopo di conseguire il punteggio premiale – abbia assunto la direzione unitamente ad altro direttore tecnico non induce a considerare insussistente il requisito dichiarato. Infatti, qualora sia nominato più di un direttore tecnico per la realizzazione dei lavori relativi ad un singolo contratto di appalto, i direttori tecnici maturano contestualmente e singolarmente la medesima esperienza tecnico – professionale, poiché, anche a voler immaginare il disgiunto compimento di taluni atti direttivi, v'è sempre coinvolgimento di entrambi nella assunzione della responsabilità.

Ciò si evince chiaramente dall'art. 87 (*Direzione tecnica*), comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, opportunamente citato nella sentenza impugnata laddove si precisa che “*La direzione tecnica è un organo cui competono gli adempimenti di carattere tecnico – organizzativo necessari per la realizzazione di lavori*”: in sostanza, quando sono nominati più direttori tecnici si forma un organo collegiale nel quale non v'è distinzione di ruoli, ma assunzione congiunta della responsabilità per gli atti allo stesso imputabili; il che significa, per quanto interessa, che l'esperienza è maturata da tutti i direttori tecnici per quello specifico contratto.

Trattandosi poi, come è evidente, di requisito di carattere immateriale non v'è alcun problema di possibile duplicazione del medesimo requisito in quanto, come detto, quel requisito si acquisisce contestualmente alla sfera personale di ciascun direttore tecnico.

4.3. Da altro punto di vista, in relazione al medesimo requisito, l'appellante sostiene che il giudice di primo grado non abbia pronunciato sulla eccepita inidoneità dei S.A.L. trasmessi a comprova dell'esecuzione del contratto cui aveva contribuito il direttore tecnico.

Anche questa obiezione non è apprezzabile: come rilevato dalla stessa appellante, la *Tabella di ponderazione*, nella quale veniva indicata la documentazione da presentare in sede di verifica delle autodichiarazioni, relativamente al requisito di cui si tratta imponeva la presentazione di “*Copia degli atti di nomina e di procura nel ruolo di Direttore Tecnico per i lavori rientranti nella categoria LTE-002 dallo stesso diretti, nonché copia dei contratti, del Certificato Esecuzione Lavori /o documentazione equivalente attestante la rispondenza a quanto autodichiarato*”.

In sintesi, era rimesso al concorrente – a differenza di quanto si vedrà in relazione all’altro requisito che si contesta – di scegliere se presentare il C.E.L. o altra documentazione (che potesse dirsi) equivalente, purchè valesse ad attestare quanto dichiarato. In questa documentazione vanno dunque compresi anche i S.A.L. che attestino la quantità di lavori svolti sotto la direzione del direttore tecnico indicato dall’aggiudicataria.

4.4. Sono invece fondate le critiche relative al secondo profilo di contestazione, quello della avvenuta prova del requisito dell’avvenuto espletamento del c.d. contratto di punta negli ultimi 10 anni.

È incontestato tra le parti in causa che a prova di tale requisito l’aggiudicataria abbia trasmesso alla stazione appaltante sia dei C.E.L. che dei S.A.L., ma è sufficiente leggere la *Tabella di ponderazione* per rendersi conto che, come sostenuto dall’appellante, gli unici documenti ammessi dalla stessa stazione appaltante a prova del predetto requisito fossero (oltre alla copia del contratto) i C.E.L. - certificati di esecuzione dei lavori, rilasciati dalle Autorità competenti secondo le disposizioni vigenti dell’A.n.a.c., in grado di attestare la regolare esecuzione del contratto.

4.5. Assumono le appellate, però, che l’onere a carico del concorrente di trasmettere i C.E.L. varrebbe solo nel caso di lavori che siano stati svolti a favore di stazioni appaltanti diverse da quella che abbia indetto la gara, perché solamente in questa situazione vi sarebbe l’esigenza di verificare la corretta esecuzione dei lavori; nell’altro caso invece, di contratto eseguito con la stazione appaltante, quest’ultima avrebbe a disposizione ogni informazione e documentazione per accertare la effettiva e regolare esecuzione dei lavori in questione e non sarebbe necessaria la trasmissione dei C.E.L..

Tale differente scenario sarebbe stato previsto dalla stessa disciplina di gara, avendo l’Allegato 1 espressamente precisato che “*è possibile dichiarare che i documenti richiesti sono già in possesso della scrivente Direzione Acquisti, previa verifica che non siano intervenute modifiche sostanziali alle situazioni in essi documentate e che siano in corso di validità avendo cura di indicare per quale procedura indetta – dalla stessa Direzione Acquisti – sono stati prodotti*”.

Ad ogni buon conto, concludono, anche in mancanza di espressa previsione, il bando sarebbe stato eterointegrato dall’art. 43, comma 1, d.P.R. n. 445 del 2000, per il quale “*Le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d’ufficio le informazioni oggetto delle*

dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato".

In conclusione, precisa G.C.F, la *lex specialis* andava interpretata nel senso che nel caso in cui i contratti a comprova dei requisiti premiali fossero stati eseguiti a favore di RFI non sarebbe stata necessaria la produzione dei CEL, *"essendo sufficiente l'indicazione degli estremi dei suddetti affidamenti"*.

4.6. Il ragionamento non convince.

Esso si fonda su un equivoco, confondendo la *produzione del documento* con il *documento da produrre*.

Che il concorrente potesse evitare la produzione dei documenti a comprova, indicando alla stazione appaltante che gli stessi erano già in suo possesso, non è contestato, essendo espressamente previsto dalla legge di gara e, comunque, come evidenziato dall'appellata, derivando dai principi generali dell'azione amministrativa; a condizione, però, che la stazione appaltante fosse effettivamente in possesso dell'unico documento che secondo le indicazioni della legge di gara valeva a dar prova del requisito premiale di cui si discute, vale a dire i C.E.L..

Detto altrimenti, G.C.F., che aveva concluso il contratto di punta con R.F.I., era certamente esonerata dalla produzione dei C.E.L. a comprova, ma a condizione che tali documenti fossero stati formati prima della presentazione dell'offerta tecnica e fossero effettivamente nella disponibilità della stazione appaltante; circostanza questa affatto provata, ed anzi smentita dalla documentazione in atti: sollecitata dalla stessa R.F.I. con nota del 15 giugno 2020 di *"dichiarare che i documenti richiesti sono già in possesso della scrivente Direzione Acquisti"*, G.C.F., nella nota del 24 giugno 2020, sub *"Allegato 1 alla lettera di aggiudicazione. Documenti che devono essere trasmessi a Direzione Acquisti a seguito dell'aggiudicazione definitiva"*, con riferimento al punto 1.2.2. *"Esperienza"*, 1.2.1.1. *"Avvenuto espletamento negli ultimi 10 anni di un contratto o AQ per interventi di progettazione esecutiva e di realizzazione di linee di contatto per la TE di importo superiore a € 15.000.000 (contratto di punta)"* indicava al punto 2.2. (citato come *"AQ 120 Lotto 2"*), quale documentazione rilevante il *"SAL periodo 2012 – 2017"* per un importo di € 9.636.532.

Anche quando la stazione appaltante ha richiesto con nota del 29 ottobre 2020 ulteriore documentazione ad integrazione di quella precedentemente trasmessa, G.C.F. ha prodotto, unitamente ai certificati di esecuzione, anche i S.A.L. (come dimostra la tabella inserita nella nota del 3 novembre 2020).

E' vero, dunque, come sostenuto da G.C.F., che nei documenti trasmessi a comprova erano stati indicati in maniera precisa i riferimenti dei contratti e i documenti relativi ad essi (anche in possesso della stazione appaltante), ma è altrettanto evidente che il richiamo era ai S.A.L. e ai C.E.L., laddove la disciplina di gara era chiara nel senso che gli unici documenti a comprova dell'esecuzione di un contratto di punta potevano essere esclusivamente i C.E.L..

4.7. La clausola contenuta al par. Q del disciplinare, per la quale *“In riferimento alle dichiarazioni e alla documentazione di cui al precedente paragrafo D) punto II del presente disciplinare, la S.A. si riserva di effettuare ogni necessaria valutazione e di utilizzare ogni mezzo di prova per verificare il possesso dei requisiti autodichiarati, ivi compresi quelli indicati nell’offerta tecnica e attinenti ai requisiti premiali, il cui effettivo possesso comporta l’attribuzione del punteggio tecnico (c.d. tabellare) previsto nel presente disciplinare, salvo i requisiti il cui effettivo possesso debba essere verificato in fase esecutiva”*, non porta a diversa conclusione.

Si tratta di clausola relativa ai poteri della stazione appaltante, non agli oneri documentali a carico dei concorrenti.

Più precisamente, con detta previsione erano ampliati i poteri della stazione appaltante in fase di verifica, ma senza incidere in alcun modo sugli oneri a carico dei concorrenti di trasmettere la documentazione richiesta nella *Tabella di ponderazione*; infatti non può certo ritenersi – come pare ipotizzare la stazione appaltante – che la riportata previsione le consentisse di mettersi alla ricerca della documentazione attestante il possesso dei requisiti autodichiarati a prescindere dalle produzioni documentali dei concorrenti: è vero, invece, che esaminando la produzione documentale trasmessa la stazione appaltante avrebbe potuto compiere ogni valutazione sulla regolarità della stessa ovvero assumere ogni elemento a riscontro della sua completezza e validità.

4.8. Né si può dire, come pure sostenuto dalle appellate, che si dia così prevalenza ad una regola formale in contrasto con la situazione sostanziale, per la quale ove la stazione appaltante, che abbia concluso precedenti contratti proprio con l'operatore divenuto aggiudicatario, possa sempre e con ogni produzione documentale a sua disposizione – a prescindere dunque dall'esistenza dei C.E.L. – valutare la correttezza delle pregresse attività di esecuzione dei lavori.

Anche a voler prescindere, infatti, dall'evidente situazione di favore nella quale verrebbe a trovarsi il concorrente che abbia già contrattato con la stessa stazione appaltante rispetto agli altri concorrenti, occorre considerare che i C.E.L. costituiscono documentazione comprovante la corretta esecuzione di lavori che non può essere surrogata da altra documentazione ed è pertanto pienamente comprensibile che la legge di gara abbia onerato il concorrente di produrli per dimostrare il requisito

autodichiarato, senza consentire, come invece avvenuto per altri requisiti, la trasmissione di documentazione equivalente.

La giurisprudenza ha da tempo precisato che *“la lettura sistematica delle disposizioni normative sul Certificato di esecuzione lavori induce a ritenere che solamente l’impresa che sia in possesso, al momento della presentazione della domanda, del CEL può dichiarare il possesso del requisito [di esecuzione dei lavori], poiché solo quell’impresa è in grado di provarlo”* ed ancora che: *“Le citate disposizioni [id est. gli artt. 86, comma 5, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 50; 79, comma 6, e 83, comma 4, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 210], lette in combinato tra loro, conducono ad affermare che l’impresa acquisisce il requisito tecnico organizzativo, costituito dall’aver svolto lavori per un certo importo in una certa categoria, col rilascio del Certificato di esecuzione lavori poiché in esso si dà atto dell’avvenuta esecuzione in maniera regolare e con buon esito dei lavori, nonché del risultato delle contestazioni reciprocamente mosse dalle parti contrattuali in seguito all’esecuzione dei lavori”* (cfr. per entrambi i passaggi riportati Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2017, n. 6135, nonché più recentemente, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8024).

In definitiva, l’accertamento della regolare esecuzione dei lavori va effettuata in luogo e tempo debito e consente l’acquisizione all’impresa della certificazione dell’esecuzione che ciò attesta ad ogni effetto e per ogni successiva procedura di gara cui intenda partecipare e non può sol per alcuni – che nel caso di specie sarebbero gli operatori già contraenti con la stazione appaltante – avvenire in secondo momento e ai limitati effetti della dimostrazione del requisito autodichiarato nella specifica gara in cui si sia reso aggiudicatario.

4.9. In accoglimento del motivo di appello la procedura di gara dovrà riprendere dalla fase della verifica dei requisiti autodichiarati che, in relazione allo specifico requisito premiale, di cui all’art. 1.2.1.1. dovrà compiersi tenendo conto che gli unici documenti ammessi a comprova sono i C.E.L. che siano stati formati prima della presentazione dell’offerta.

In mancanza di stipulazione del contratto – come dichiarato dalle parti in udienza – non v’è pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno in forma specifica mediante dichiarazione di inefficacia del contratto e subentro nello stesso.

Assorbita la domanda di risarcimento per equivalente proposta in via subordinata.

5. In conclusione, l’appello va accolto nei sensi di cui in motivazione e la sentenza riformata con l’accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado di Alstom Ferroviaria s.p.a..

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 5330/2021, accoglie il ricorso di primo grado di Alstom Ferroviaria s.p.a. nei sensi di cui in motivazione.

Condanna R.F.I. s.p.a. e G.C.F. s.p.a. in solido al pagamento delle spese del doppio grado del giudizio, che liquida in complessivi € 10.000,00, oltre accessori e spese di legge, a favore di Alstom Ferroviaria s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO