

APPALTI: Contratti della P.A. – Esclusione – Previa comunicazione di avvio del procedimento – Non occorre.

Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2022, n. 4366

in *Il Foro amm.*, 5, 2022, pag. 623.

“[...] l’esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l’interessato è già necessariamente a conoscenza [...]”.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italtraff s.r.l. e del Comune di Petacciato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Valerio Perotti e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 Cod. proc. amm.;

FATTO E DIRITTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Molise, Labconsulenze s.r.l. impugnava la determina del Comune di Petacciato n. 79 del 2 agosto 2021, reg. generale n. 264, avente ad oggetto “*annullamento in autotutela del provvedimento di ammissione*” della ricorrente alla procedura aperta indetta per l’affidamento del “*servizio di gestione dei procedimenti sanzionatori previsti dal codice della strada compreso il noleggio di due misuratori elettronici per il rilevamento delle violazioni a semaforo rosso e di due rilevatori di infrazione alla velocità dei veicoli – C.U.P. I31B21000270004 - C.I.G. 8657504E4C*”, unitamente alla proposta di aggiudicazione n. 11 del 9 agosto 2021 in favore di Italtraff s.r.l.

A fondamento del gravame deduceva le seguenti censure:

1) *violazione dei principi di massima concorrenza, par condicio, trasparenza, imparzialità; violazione del principio di legittimo affidamento e del favor participationis; violazione dell’art. 7.3. del disciplinare di gara come interpretato in sede di chiarimenti, nonché del principio dell’autovincolo alla lex specialis; violazione degli artt. 82, comma 2, e art. 87, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, nonché del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all’art. 83, comma 8, d.lgs. cit.; eccesso di potere per erroneo presupposto in fatto e in diritto, travisamento, contraddittorietà e perplessità dell’azione amministrativa, ingiustizia manifesta, carenza motivazionale, sviamento e illegittimità derivata;*

2) *violazione delle garanzie partecipative di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7 l. n. 241/1990, e violazione del principio del legittimo affidamento;*

3) *illegittimità del disciplinare di gara e della FAQ per contrasto con gli artt. 82, comma 2, e 87, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, ove interpretato nel senso che non sia possibile la comprova del requisito mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione; violazione del principio di massima concorrenza e par condicio.*

Costituitasi in giudizio, Italtraff s.r.l. eccepiva preliminarmente la tardività dell'impugnativa specificamente proposta nei confronti del punto 7.3 del disciplinare di gara ed in ogni caso l'infondatezza, nel merito, dell'intero gravame.

Anche il Comune di Petacciato si costituiva, parimenti concludendo per l'infondatezza del ricorso.

Con sentenza 24 dicembre 2021, n. 460, il giudice adito rigettava il gravame, sul presupposto del mancato possesso, da parte della società ricorrente, della certificazione di qualità aziendale ISO 37001, richiesta dalla legge di gara per dimostrare l'adozione, da parte dell'operatore economico, di un adeguato Modello Organizzativo per la prevenzione della corruzione, certificato da una parte terza.

Avverso tale decisione Labconsulenze s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in procedendo e in iudicando: erroneità della sentenza per aver rigettato il primo motivo di ricorso recante "Violazione dei principi di massima concorrenza, par condicio, trasparenza, imparzialità. Violazione del principio di legittimo affidamento e del favor participationis. Violazione dell'art. 7.3. del disciplinare di gara come interpretato in sede di chiarimenti. Violazione del principio dell'autovincolo alla lex specialis. Violazione degli artt. 82, comma 2, e art. 87, comma 1, d.lgs. 50/2016. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erroneo presupposto in fatto e in diritto, travisamento, contraddittorietà e perplessità dell'azione amministrativa, ingiustizia manifesta. carenza motivazionale. Sviamento. Illegittimità derivata". Eccesso di potere giurisdizionale. Difetto motivazionale assoluto. Contraddittorietà ed erroneo presupposto.*

2) *Error in iudicando. Erroneità della sentenza per non aver rigettato il II motivo di gravame recante "Violazione delle garanzie partecipative di cui all'art. 83, comma 9, del D.lgs. 50/2016 e dell'art. 7 l. n. 241/90. Violazione del principio del legittimo affidamento. Violazione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. Eccesso di potere per carenza istruttoria e difetto motivazionale. Sviamento. Illegittimità derivata". Difetto motivazionale. Illogicità e contraddittorietà.*

3) *Error in procedendo e in iudicando. Omessa pronuncia. Difetto assoluto di motivazione. Erroneità della sentenza per non aver esaminato il III motivo di gravame recante "in via subordinata. Illegittimità del disciplinare di gara e della faq per contrasto con gli artt. 82, comma 2, e 87, comma 1, del codice*

appalti ove interpretato nel senso che non sia possibile la comprova del requisito mediante dichiarazione sostitutiva di certificazione. Violazione del principio di massima concorrenza e par condicio. Illegittimità derivata”.

Chiedeva quindi, conseguentemente all'accoglimento dell'appello, la declaratoria di inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 Cod. proc. amm., manifestando la propria disponibilità al subentro, all'esito della riammissione in gara, ai sensi dell'art. 124 Cod. proc. amm. In subordine, instava per ottenere il risarcimento per equivalente del danno subito.

Costituitosi in giudizio, il Comune di Petacciato concludeva per l'infondatezza dell'appello, chiedendo che fosse respinto.

Anche Italtraff s.r.l. si costituiva, analogamente chiedendo la reiezione del gravame.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 31 marzo 2022, dopo il rituale avviso ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm., la causa veniva trattenuta in decisione.

Con il primo motivo di appello, il cui oggetto ha carattere manifestamente assorbente delle ulteriori questioni dedotte in giudizio, in quanto attinente alla correttezza dell'esclusione dell'appellante dalla gara, si deduce che erroneamente la stazione appaltante prima ed il giudice amministrativo poi hanno ritenuto il contenuto della dichiarazione sostitutiva resa da Labconsulenze non conforme alle previsioni di cui agli artt. 82, comma 2 ed 87, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In particolare si afferma, nella sentenza impugnata, che tre sarebbero le condizioni perché – ai fini della partecipazione alla gara – possano essere ammessi dei mezzi di prova diversi dalle formali certificazioni di qualità, ossia: *“a) che l'operatore economico interessato non possa ottenere i certificati entro il termine richiesto;*

b) che sia dimostrato che l'impossibilità di produrre la certificazione non sia imputabile allo stesso operatore;

c) che sia dimostrato, infine, che i lavori, le forniture o i servizi prestati soddisfano i requisiti o i criteri stabiliti nelle specifiche tecniche, i criteri di aggiudicazione o le condizioni relative all'esecuzione dell'appalto”.

Il primo giudice, peraltro, avrebbe concluso per l'assenza dei presupposti sub a) e b) per ragioni eminentemente formalistiche, senza neppur contestare – nel merito – che le misure in concreto adottate da Labconsulenze fossero equivalenti – ai fini preventivi della corruzione – rispetto a quelle fatte oggetto di formale certificazione; per contro, la Società appellante avrebbe partecipato alla gara *“fornendo la prova di aver adottato misure equivalenti alla certificazione di qualità, secondo le modalità indicate dalla Stazione Appaltante con apposito chiarimento”.*

D'altro canto, l'iter procedurale necessario ad ottenere l'iscrizione avrebbe richiesto alcuni mesi, incompatibili con i tempi molto più ristretti per produrre le offerte di partecipazione alla gara, laddove il primo giudice aveva ritenuto, su tale specifica questione, che *“la legge di gara ha previsto un termine di più di 30 giorni per la presentazione delle offerte, il quale non risulta affatto palesemente abnorme né esageratamente restrittiva”*.

Il motivo non è fondato.

Il bando di gara richiedeva, al punto III.1.3 (Capacità professionale e tecnica), il possesso *“della certificazione di qualità aziendale ISO 37001 al fine di dimostrare che l'impresa ha adottato un Modello Organizzativo per la prevenzione della corruzione certificato da una parte terza”*; analogamente, l'art. 7.3 del disciplinare, ai fini della partecipazione alla gara, imponeva il possesso *“della certificazione di qualità aziendale ISO 37001 al fine di dimostrare che l'impresa ha adottato un Modello Organizzativo per la prevenzione della corruzione certificato da una parte terza”*.

Sollecitata sulla questione dall'odierna appellante, in data 14 aprile 2021 la stazione appaltante aveva quindi ribadito, nel rispondere ad una richiesta di chiarimenti, che *“il requisito del possesso di Certificazione di qualità aziendale ISO 37001 può essere dimostrato tramite una dichiarazione sostitutiva di certificazione nella quale, conformemente a quanto sancito dagli art. 82 e 87 del D.Lgs. 50/2016, si dichiara di aver adottato all'interno della propria struttura aziendale un modello di prevenzione della corruzione, finalizzato a prevenire e ad evitare i rischi di corruzione, secondo anche il perseguimento di un modello organizzativo conforme al D.Lgs. 231/2001, descrivendo le misure adottate al fine di perseguire l'adozione di tale modello, in linea anche con l'ottenimento della su richiesta certificazione”*.

Oggetto di autocertificazione era pertanto solo il *“possesso di Certificazione di qualità aziendale”*, non essendo invece consentito all'operatore economico, ai fini della partecipazione alla gara, *“autocertificare”* il possesso della retrostante capacità tecnica, ossia l'adozione di modalità di organizzazione interna dell'impresa e la loro asserita idoneità a prevenire fenomeni di corruzione.

In breve, l'operatore economico avrebbe dovuto produrre la certificazione in questione unitamente alla domanda di partecipazione alla gara ovvero – laddove ciò non gli fosse materialmente possibile (per perdita del documento, etc.) – autocertificare il possesso del documento in questione (ferma la possibilità, per la stazione appaltante, di chiederne successivamente conferma all'organismo di certificazione).

In questi termini, non coglie nel segno la difesa dell'appellante secondo cui *“Ricevuta la conferma da parte del Comune di Petacciato dell'ammissibilità di una dichiarazione sostitutiva “recante le misure organizzative, in linea con gli artt. 82 e 87”*, la società riteneva di poter partecipare alla gara in proprio, atteso che la risposta del Comune non aveva in alcun modo avallato l'interpretazione avanzata

dall'appellante, limitandosi a ribadire la necessità della certificazione *de qua* per poter partecipare alla gara.

L'autocertificazione depositata da Labconsulenze s.r.l. aveva un contenuto del tutto diverso rispetto a quanto previsto dalla legge di gara (e dai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante), attestando da un lato “*di non essere in possesso della certificazione di qualità ISO 37001*”, per poi affermare – in ritenuta conformità a “*quanto previsto dagli artt. 82, comma 2 ed 87, commi 1 e 2, d.lgs. 50/2016*” – di “*aver adottato, all'interno della propria struttura organizzativa aziendale, misure di prevenzione dei reati secondo un aggiornato Modello Organizzativo di Gestione e Controllo idoneo e conforme alla D.Lgs. 231/2001 e s.m.i. ex art. 5, 6, 7, 24, 24bis e 25 atto a prevenire la responsabilità amministrativa aziendale per i reati ivi previsti commessi nei rapporti con la pubblica amministrazione di corruzione e concussione e dei reati informatici e di trattamento illecito di dati e di tenere un comportamento conforme alle previsioni del D.lgs. n. 231/2001 e s.m.i. medesimo*”.

Nella medesima ottica, dichiarava inoltre “*di aver designato a tal fine un Organismo di Vigilanza (OdV) monocratico con membro esterno autonomo e indipendente, quale soggetto responsabile di sorvegliare e di verificare regolarmente l'efficacia del Modello e di aggiornarlo in seguito a modifiche normative od organizzative*”, il che avrebbe dovuto agevolare “*l'acquisizione della ISO 37001 da parte della laBconsulenze srl, la quale è già in fase di predisposizione, proprio in virtù dei modelli, degli standard, e delle politiche aziendali che la Scrivente ha deciso di adottare e di perseguire*”.

Alla luce delle risultanze di causa, era dunque palese la carenza, in capo all'odierna appellante, di un requisito di partecipazione alla gara (*id est*, un requisito di capacità tecnico-professionale), in quanto tale insuscettibile, tra l'altro, di soccorso istruttorio (*ex multis* Cons. Stato, V, 27 gennaio 2021, n. 804). Neppure è pertinente il richiamo, fatto dall'appellante, al cd. “principio di equivalenza”, il quale impedirebbe l'esclusione delle offerte formalmente non corrispondenti a quanto previsto nella legge di gara facendo valere l'equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto.

Tale principio, invero, si riferisce ad un oggetto del tutto diverso a quello su cui attualmente si verte, come è reso evidente anche dalla delibera ANAC n. 129 del 2020, richiamata dall'appellante: “*Il principio di equivalenza o di equipollenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, essendo espressione del più generale principio del favor participationis, e consente alla stazione appaltante di ammettere, a seguito di una propria valutazione discrezionale prodotti con specifiche tecniche equivalenti (artt. 68, 69 e 170 del Codice), certificati di conformità (art. 82), certificazioni di qualità (art. 87) ed in generale mezzi di prova sul possesso dei requisiti equivalenti a quelli richiesti da uno Stato membro (artt. 86 e 90), ovvero titoli di studio e/o professionali equipollenti a quelli prescritti dalla lex specialis (art. 83)*”.

Il principio in questione non vale quindi a “surrogare” (nella specie, mediante una dichiarazione unilaterale della parte) le certificazioni di qualità richieste dalla *lex specialis* per la comprova dei requisiti di partecipazione alla gara.

Del resto, è lo stesso legislatore a chiarire, all’art. 87, comma 2 ult. cpv. del d.lgs. n. 50 del 2016, che le stazioni appaltanti “*ammettono parimenti altre prove relative all’impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità, qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici, a condizione che gli operatori economici dimostrino che le misure di garanzia della qualità proposte soddisfano le norme di garanzia della qualità richieste*”: ne consegue che il mancato possesso della prescritta certificazione di qualità – come verificatosi nel caso di specie – di per sé non è automaticamente preclusiva della partecipazione alla procedura concorrenziale, a condizione però che siano rispettate le condizioni fissate dal legislatore agli artt. 82 ed 87 del medesimo decreto, ossia il concorrente fornisca la prova del possesso di requisiti e di misure equivalenti a quelli richiesti dalla legge di gara, nonché sull’assenza di proprie responsabilità in ordine al mancato rilascio delle certificazioni di qualità.

Prova che nel caso di specie non risulta essere stata fornita da Labconsulenze s.r.l., la quale da un lato non ha potuto produrre le certificazioni prescritte dalla legge di gara, ma neppure ha fornito, in loro vece, le dimostrazioni richieste secondo i criteri di cui all’art. 82 d.lgs. n. 50 del 2016, essendosi limitata ad una generica e non probante autodichiarazione (la quale non è evidentemente un “*mezzo di prova*”). Il primo motivo di appello va dunque respinto. La sua reiezione, in ragione del carattere decisivo della questione dedotta in giudizio – la sussistenza o meno delle ragioni di esclusione dell’appellante dalla gara – è assorbente delle ulteriori censure dedotte da Labconsulenze s.r.l.

Quanto al secondo motivo di gravame, infatti, va data continuità all’indirizzo (*ex multis*, Cons. Stato, III, 8 giugno 2016 n. 2450) per cui l’esclusione da una gara, disposta in esito al riscontro negativo circa il possesso di un requisito di partecipazione non postula la previa comunicazione di avvio del procedimento, attenendo ad un segmento necessario di un procedimento della cui pendenza l’interessato è già necessariamente a conoscenza (Cons. Stato, VI, 21 dicembre 2010, n. 9324; III, 13 aprile 2016, n. 1471).

Quanto infine al terzo motivo di gravame, con il quale viene reiterata la censura dell’art. 7.3. del Disciplinare di gara, nonché la FAQ adottata dal Comune di Petacciato, ove avessero dovuto essere interpretati in senso ostativo alla possibilità di comprovare il requisito di idoneità tecnico-professionale, consistente nel possesso della certificazione ISO 37001, mediante misure equivalenti, ai sensi dell’art. 82, comma 2, e 87, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, ne va in primo luogo rilevata l’inammissibilità

per carenza di interesse, nel momento in cui l'appellante ha ommesso di estendere l'impugnativa anche al punto III.1.3 del bando di gara, esprimente analogo principio.

Peraltro, dovendosi intendere la clausola in esame – in ragione del suo tenore inequivoco – come immediatamente escludente, il motivo di gravame sarebbe stato comunque tardivo, poiché la stessa avrebbe dovuto essere contestata in termini a decorrere dalla pubblicazione del bando di gara e non solo in seguito all'intervenuta esclusione.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente decidendo sull'appello, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune di Petacciato e di Italtraff s.r.l., delle spese di lite del grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00) ciascuno, oltre Iva e Cpa se dovute.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Diego Sabatino

IL SEGRETARIO